

Albrecht v. Graevenitz

**Sicherung der einheitlichen Anwendung des Wettbewerbsrechts:
Zusammenarbeit zwischen Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten**

Dissertation zur Erlangung

des Grades eines

Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. iur.)

der

Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

2017/2018

Die Europäische Kommission übt für die EU nach Maßgabe der EU-Verträge Exekutiv- und Verwaltungsfunktion aus (Art. 17 Abs. 1 S. 5 EUV). Dies gilt insbesondere im Bereich des EU-Wettbewerbsrechts.

In diesem Rechtsbereich sind eine Reihe von Regelungen unmittelbar für (oder gegen) den Einzelnen anwendbar. Insoweit ist das EU-Wettbewerbsrecht auch von den Zivilgerichten der Mitgliedstaaten anzuwenden und durchzusetzen.

Das EU-Wettbewerbsrecht wird also supranational gesetzt und administrativ vollzogen, gleichzeitig aber auch auf nationaler Ebene zivilgerichtlich angewandt. Diese parallele Anwendung führt zwangsläufig zu einem Spannungsverhältnis. Es besteht insbesondere die Möglichkeit, dass sich die Zivilgerichte in einer Art und Weise zum unmittelbar anwendbaren EU-Recht positionieren, die bisherigen oder künftigen Beschlüssen oder Absichten der Europäischen Kommission zuwider läuft. Dies kann absichtlich oder unabsichtlich geschehen. Auf Unionsebene wurde zwar früh erkannt, dass die *"Zusammenarbeit mit den Gerichten der Mitgliedstaaten ... zweifellos heikle Aspekte"* aufweist,¹ aber es wurden bis heute bei weitem nicht alle Probleme gelöst.

Die Thematik ergibt sich in allen Bereichen der *„Wettbewerbsregeln“* des AEUV (Titel VII, Kapitel 1), also im Kartellrecht im engeren Sinne (Art. 101 AEUV), bei der Aufsicht über das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV), im Beihilfenrecht (Art. 107f AEUV) sowie im nur sekundärrechtlich geregelten Bereich des Fusionskontrollrechts.

Gegenstand dieser Arbeit ist die Frage, wie angesichts der Verteilung der Kompetenzen auf die Europäische Kommission und die nationalen Zivilgerichte bei der Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts Spannungsverhältnisse entstehen und ob oder wie sie aufgelöst werden (können).

¹ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum "Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 1017/68, (EWG) Nr. 2988/74, (EWG) Nr. 4056/86 und (EWG) Nr. 3975/87 (Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag)", ABl. C 155 v. 29. Mai 2001, S. 73 (im Folgenden Stell. WSA81/82), S. 77.

Übersicht

Abkürzungsverzeichnis.....	IV
Inhaltsverzeichnis	XVII
1. Einführung.....	1
2. Grundlagen und Grundanforderungen für die Zusammenarbeit zwischen Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten	10
3. Berücksichtigungspflicht nationaler Zivilgerichte bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission.....	75
4. Berücksichtigungspflicht der Europäischen Kommission bezogen auf Entscheidungen der nationalen Zivilgerichte.....	251
5. Bedeutung fallbezogener Beratungsschreiben der Europäischen Kommission für die nationalen Zivilgerichte.....	264
6. Bedeutung von Mitteilungen, Leitlinien und Bekanntmachungen der Europäischen Kommission für die nationalen Zivilgerichte.....	276
7. Pflichten von nationalen Zivilgerichten und Europäischer Kommission bei ihrer Zusammenarbeit	307
8. Zusammenfassung, Ableitungen und Ausblick.....	368
Literatur.....	380
Anhang.....	400

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	andere Auffassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AGVO	<p>Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und AEUV Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 187 v. 26. Juni 2014, S. 1</p> <p>geändert durch die Verordnung (EU) 2017/1084 der Kommission vom 14. Juni 2017 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 in Bezug auf Beihilfen für Hafen- und Flughafeninfrastrukturen, in Bezug auf Anmeldeschwellen für Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes und für Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen sowie in Bezug auf regionale Betriebsbeihilferegeln für Gebiete in äußerster Randlage und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 702/2014 in Bezug auf die Berechnung der beihilfefähigen Kosten; ABl. L 156 v. 20. Juni 2017, S. 1</p>
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AR-Bekanntmachung	<p>Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (2005/C 56/03); ABl. C 56 v. 5. März 2005, S. 24</p>

**Bagatellbekanntmachung
(2001)**

Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis); ABl. C 368 v. 22. Dezember 2001, S. 13

Bekanntmachung

Beratungsschreiben 2004

Bekanntmachung der Kommission über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, die in Einzelfällen auftreten (Beratungsschreiben); ABl. C 101 v. 27. April 2004, S. 78ff

Bekanntmachung

Beihilfenbegriff

Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union; ABl. C 262 v. 19. Juli 2016. S. 1

Bericht Kom 2013 SWP

Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen (Commission staff working paper) zum Bericht Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues, SWD(2014) 231/2 v. 9. Juli 2014

Bericht Kom 2014 SWP

Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen (Commission staff working paper) zum Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Wettbewerbspolitik 2014, {COM(2015) 247 final}, SWD(2015) 113 final v. 4. Juni 2015

Bericht Kom 2015

Bericht der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2015, SWD(2016) 198 final, COM(2016) 393 final v. 15. Juni 2016

Bericht Kom 2015 SWP	Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen (Commission staff working paper) zum Bericht der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2015, SWD(2016) 198 final, COM(2016) 393 final v. 15. Juni 2016
Bericht Kom 2016 SWP	European Commission, Staff Working Paper accompanying the Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Region, Report on Competition Policy 2016, SWD(2017) 175 final, COM (2017) 285 final v. 31. Mai 2017
Beschluss 2012/21/EU	Beschluss der Europäischen Kommission 2012/21/EU vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (bekanntgegeben unter dem Aktenzeichen K(2011) 9380); ABl. L 7 v. 11. Februar 2012, S. 3 (sog. DAWI-Beschluss)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BZKGBei	Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte (2009/C 85/01) ABl. C 85 v. 9. April 2009, S. 1
BZKG85/86	Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrags; ABl. C 39 v. 13. Februar 1993, aufgehoben durch die BZKG101/102
BZKG101/102	<p>Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags (2004/C 101/04); ABl. C 101 v. 27. April 2004, S. 54</p> <p>geändert durch</p> <p>Mitteilung der Europäischen Kommission, Änderung der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags (2015/C 256/04); ABl. C 256 v. 5. August 2015, S. 5</p>
bzw.	beziehungsweise
ChartaGR	Charta der Grundrechte der Europäischen Union; ABl. C 326 v. 26. Oktober 2012, S. 391
DAWI-Beschluss	s.o. Beschluss 2012/21/EU
d.h.	das heißt
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft vom 25. März 1957
ECN	European Competition Network

EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der vom 1. Mai 1999 bis zum 30. November 2009 geltenden Fassungen
<i>EGMR</i>	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der vom 1. November 1993 bis zum 30. April 1999 geltenden Fassung; konsolidierte Fassung ABl. C 224 v. 31. August 1992, S. 6ff
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951
EL	Ergänzungslieferung
EntschlieÙung EP Mindeststandards	EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 4. Juli 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu gemeinsamen Mindeststandards des Zivilprozessrechts in der Europäischen Union (2015/2084(INL))
Entwurf RL ECN+	Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts vom 22. März 2017, COM(2017) 142 final, 2017/0063 (COD)
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
EU	Europäische Union
<i>EuG</i>	Gericht der Europäischen Union (frühere Bezeichnung: Gericht erster Instanz)
<i>EuGH</i>	Gerichtshofs der Europäischen Union (frühere Bezeichnung: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften)

EURATOM	Europäische Atomgemeinschaft
EUV	Vertrag über die Europäische Union i.d.F. des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957
EZB	Europäische Zentralbank
f	folgende
ff	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; ABl. L 24 v. 29. Januar 2004, S. 1ff
GA	Generalanwältin/Generalanwalt beim <i>EuGH</i>
GD	Generaldirektion
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GVO 330/2010	Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen; ABl. L 102 v. 23. April 2010
GVO 1984/83	Verordnung (EWG) Nr. 1984/83 der Kommission vom 22. Juni 1983 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinbezugsvereinbarungen; ABl. L 173 v. 30. Juni 1983, S. 5ff
HG 21	Wettbewerb 2016, Einundzwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission gem. § 44 Abs. 1 S. 1 GWB

	v. 20. September 2016 (Fassung der Monopolkommission)
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des
KMZ	Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen i.d.F. ihrer Berichtigung (2009/C 43/09); ABl. C 43 v. 21. Februar 2009, S. 10
Leniency-Mitteilung	Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (2006/C 298/11); ABl. C 298 v. 8. Dezember 2006, S. 17 geändert durch: Mitteilung der Kommission, Änderung der Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (2015/C 256/01); ABl. C 256 v. 5. August 2015, S. 1
Leniency-Mitteilung a.F.	Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (2002/C 45/03); ABl. C 45 v. 19. Februar 2002, S. 3
LG	Landgericht
Mitgliedstaaten	Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

OLG	Oberlandesgericht
Protokoll Nr. 4	Protokoll über die Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank (EUV) zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007
Protokoll Nr. 7	Protokoll über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Union (EUV) zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007
Protokoll Nr. 27	Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (EUV) zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007
Protokoll Nr. 29	Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten (EUV) zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007
Rat	Rat der Europäischen Union
Remedies-Mitteilung	Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen; ABl. C 267 v. 22. Oktober 2008, S. 1
RL 2009/72/EG	Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG; ABl. L 211 v. 14. August 2009, S. 55ff
Rn.	Randnummer
SE-RL	Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union; ABl. L 349 v. 5. Dezember 2014, S. 1ff

Settlement-Mitteilung	Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen; ABl. C 167 v. 2. Juli 2008, S. 1ff
SG 7. GWB-Novelle	Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle – Sondergutachten der Monopolkommission gem. § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB v. 23. März 2004
Slg.	Sammlung
s.o.	siehe oben
Stell. WSA81/82	Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum "Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 1017/68, (EWG) Nr. 2988/74, (EWG) Nr. 4056/86 und (EWG) Nr. 3975/87 (Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag)"; ABl. C 155 v. 29. Mai 2001, S. 73.
Studie Fortbildungsbedarf	Europäische Kommission, Studie über den Fortbildungsbedarf von Richtern auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts, Abschlussbericht / Zusammenfassung , Januar 2016
SWP Damages actions	European Commission, Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules v. 2. April 2008, COM(2008) 165 final
UA	Unterabsatz
u.U.	unter Umständen
v.	vom
v.A.w.	von Amts wegen

Vertrag von Lissabon	Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007; ABl. C 306 v. 17. Dezember 2007, S. 1ff
Vertikal-LL	Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; ABl. C 130 v. 19. Mai 2010
VO 1/2003	<p>Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln; ABl. L 1 v. 4. Januar 2003, S. 1ff</p> <p>geändert durch:</p> <p>Verordnung (EG) Nr. 411/2004 des Rates vom 26. Februar 2004 zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 3975/87 und zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 3976/87 sowie der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 hinsichtlich des Luftverkehrs zwischen der Gemeinschaft und Drittländern; ABl. L 68 v. 6. März 2004, S. 1ff</p> <p>Verordnung (EG) Nr. 1419/2006 des Rates vom 25. September 2006 zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 4056/86 über die Einzelheiten der Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrags auf den Seeverkehr und zur Ausweitung des Anwendungsbereichs der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auf Kabotage und internationale Trampdienste; ABl. L 269 v. 28. September 2006, S. 1ff</p>
VO 17	Verordnung (EWG) Nr. 17/1962 Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages; ABl. P 13 v. 21. Dezember 1962, S. 204, zuletzt geändert durch die VO 1/2003
VO 19/65/EWG	Verordnung Nr. 19/65/EWG des Rates vom 2. März 1965 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz (3) des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen; ABl. 36 v.

6. März 1965, S. 533, zuletzt geändert durch die VO 1/2003

VO 67/67

Verordnung Nr. 67/67/EWG der Kommission vom 22. März 1967 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz (3) des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen; ABl. L 57 v. 25. März 1967, S. 849ff

VO 622/2008

Verordnung (EG) Nr. 622/2008 der Kommission vom 30. Juni 2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen; ABl. L 171 v. 1. Juli 2008, 3ff

VO 659/1999

Verordnung Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union; ABl. L 83 v. 27. März 1999, S. 1ff, zuletzt geändert durch die VO 734/2013

VO 734/2013

Verordnung (EU) Nr. 734/2013 des Rates vom 22. Juli 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags; ABl. L 204 v. 31. Juli 2013, S. 15ff

VO 773/2004

Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission; ABl. L 123 v. 27. April 2004, S. 18ff zuletzt geändert durch die VO 2015/1348

VO 794/2004

Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags; ABl. L 140 v. 30. April 2004, S. 1ff

zuletzt geändert durch:

Verordnung (EU) Nr. 372/2014 der Kommission vom 9. April 2014 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 in Bezug auf die Berechnung bestimmter Fristen, die Bearbeitung von Beschwerden und die Kenntlichmachung und den Schutz vertraulicher Informationen; ABl. L 109 v. 12. April 2014, S. 14ff

VO 994/98

Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen; ABl. L 142 vom 14. Mai 1998, S. 1

geändert durch:

Verordnung (EU) Nr. 733/2013 des Rates vom 22. Juli 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 994/98 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen; ABl. L 204 vom 31. Juli 2013, S. 11

VO 1049/2001

Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission; ABl. L 145 v. 31. Mai 2001, S. 43

VO 2015/1348

Verordnung (EU) 2015/1348 der Kommission vom 3. August 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission; ABl. L 208 v. 5. August 2015, S. 3

VO 2015/1588

Verordnung (EU) Nr. 2015/1588 des Rates vom 13. Juli 2015 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen; ABl. L 248 v. 24. September 2015, S. 1ff

VO 2015/1589	Verordnung (EU) Nr. 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union; ABl. L 248 v. 24. September 2015, S. 9ff
Vorschl. BeiDVO 2012	Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags /* COM/2012/0725 final - 2012/0342 (NLE) */ v. 5. Dezember 2012
Vorschl. Kom. DVO81/82	Europäische Kommission, Begründung zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 1017/68, (EWG) Nr. 2988/74, (EWG) Nr. 4056/86 und (EWG) Nr. 3975/87 ("Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag") /* KOM/2000/0582 endg. - CNS 2000/0243 */; ABl. C 365 E v. 19. Dezember 2000, S. 284 (Begründung nicht im ABl. abgedruckt – Bezugssfassung HTML-Format, daher ohne Seitenzahlen zitiert).
Weißbuch 81/82	Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag - Korrigendum /* KOM/99/0101 endg. */; ABl. C 132 v. 12. Mai 1999
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis.....	IV
Inhaltsverzeichnis	XVII
1. Einführung.....	1
1.1 Ausgangspunkt	1
1.2 Gliederung der Arbeit.....	4
1.3 Sprachfassungen	7
2. Grundlagen und Grundanforderungen für die Zusammenarbeit zwischen Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten	10
2.1 Verhältnis von Unions- und nationaler Rechtsordnung	10
2.1.1 Einführung.....	10
2.1.2 Perspektive des EU-Rechts	11
2.1.3 Perspektive des (deutschen) mitgliedstaatlichen Rechts	13
2.1.4 Ableitung für die vorliegende Arbeit	16
2.2 Unmittelbare Anwendbarkeit von EU-Recht, insbesondere von EU-Wettbewerbsrecht.....	17
2.2.1 Allgemein.....	17
2.2.2 Unmittelbare Anwendbarkeit von EU Wettbewerbsrecht.....	19
(a) Art. 101 AEUV	19
(i) Regelungsgehalt.....	19
(ii) Unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 AEUV	19
(iii) Unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 3 AEUV	20
(b) Art. 102 AEUV	21
(c) Art. 107 AEUV	21
(i) Regelungsgehalt.....	21
(ii) Unmittelbare Anwendbarkeit.....	22
(d) Art. 108 AEUV	23
(i) Art. 108 AEUV im Allgemeinen (ohne Abs. 3 letzter Satz)	23
(ii) Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV	24
(e) Art. 106 AEUV	25
(i) Regelungsgehalt.....	25
(ii) Unmittelbare Anwendbarkeit.....	26
(f) FKVO, insbesondere Art. 7 Abs. 4	27

(i)	Primärrechtliche Grundlagen.....	27
(ii)	Regelungsgehalt.....	27
(iii)	Unmittelbare Anwendbarkeit, insbesondere von Art. 7 Abs. 4 FKVO ..	28
2.2.3	Ableitung für die vorliegende Arbeit	29
2.3	Durchführungszuständigkeiten.....	29
2.3.1	Durchführungszuständigkeit in Abgrenzung zur gesetzgeberischen Zuständigkeit.....	29
(a)	Gesetzgebungskompetenz.....	29
(b)	Durchführungszuständigkeit.....	31
2.3.2	Durchführungszuständigkeit der Europäischen Kommission.....	32
(a)	Durchführungszuständigkeit der Europäischen Kommission im Kartellrecht	32
(i)	Primärrecht	32
(ii)	Sekundärrecht	33
(b)	Durchführungszuständigkeit der Europäischen Kommission im Beihilfenrecht.....	35
(i)	Primärrecht	35
(ii)	Sekundärrecht	36
(c)	Durchführungszuständigkeit der Europäischen Kommission im Fusionskontrollrecht	37
2.3.3	Durchführungszuständigkeit der Mitgliedstaaten, insbesondere der Gerichte der Mitgliedstaaten	38
(a)	Einführung	38
(b)	Befugnis nationaler Gerichte zur Anwendung und Auslegung von EU-Recht	39
(i)	Befugnis.....	39
(ii)	Abgrenzung zum Kompetenzbereich des <i>EuGH</i>	42
(c)	Durchführungszuständigkeit nationaler Gerichte im Kartellrecht	45
(i)	Entwicklung der Rechtsprechung zum Primärrecht zur Zeit der VO 17	45
(ii)	Durchführungszuständigkeit nach der VO 1/2003	48
(iii)	GVOen.....	51
(iv)	Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU	52
(v)	Deutsches Recht.....	52
(d)	Durchführungszuständigkeit nationaler Gerichte im Beihilfenrecht	54
(i)	Primärrecht	54

(A) Durchführungszuständigkeit außerhalb von Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV.....	54
(B) Durchführungszuständigkeit für Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV 55	
(ii) Sekundärrecht	60
(e) Durchführungszuständigkeit nationaler Gerichte im Fusionskontrollrecht ..	61
2.4 Konkrete Regelungen der Zusammenarbeit	62
2.4.1 Einführung.....	62
2.4.2 Rücksichtnahme- und Loyalitätsgebot	62
2.4.3 Gewaltenteilungsgrundsatz	65
2.4.4 Sekundärrechtliche Konkretisierung für das EU-Wettbewerbsrecht	67
(a) Kartellrecht	67
(b) Beihilfenrecht.....	72
(c) Fusionskontrollrecht	74
2.5 Zusammenfassung	74
3. Berücksichtigungspflicht nationaler Zivilgerichte bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission.....	75
3.1 Einführung.....	75
3.2 Entwicklung der Rechtsprechung.....	75
3.3 Berücksichtigungspflichten auf der Grundlage des Primärrechts	79
3.3.1 Einführung.....	79
3.3.2 Begründung einer Berücksichtigungspflicht auf der Grundlage des Primärrechts	80
(a) Grundsatz der Rechtssicherheit.....	80
(b) Loyalitätsgebot.....	85
(c) Spezifisches EU-Wettbewerbsrecht.....	92
(i) Art. 101 bis 105 AEUV	92
(ii) Art. 107, 108 AEUV	95
(iii) Art. 106 AEUV	95
(d) Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV.....	95
(i) Bedeutung der Adressatenstellung.....	96
(ii) Umfang der Verbindlichkeit	97
(A) Einführung	97
(B) Zur Terminologie	97
(C) Art. 288 Abs. 4 AEUV.....	98

(iii)	Beabsichtigte Beschlüsse und Beschlüsse auf der Grundlage einer vorläufigen Beurteilung	99
(e)	Vorrang des EU-Rechts	99
(f)	Zusammenfassung	100
3.3.3	Grenzen einer Berücksichtigungspflicht auf der Grundlage des Primärrechts	101
(a)	Recht auf effektiven Rechtsschutz	101
(i)	Einführung	101
(ii)	Relevanz des Umfangs der Anfechtbarkeit	102
(iii)	Art. 267 AEUV vs. Art. 263 AEUV	105
(iv)	Relevanz der Adressatenstellung	106
(b)	Sachverhaltsidentität	108
(c)	Kompetenz und Entscheidungstiefe der Europäischen Kommission	110
(d)	Besonderheiten bei fehlender Bestandskraft, bei Beschlüssen mit vorläufiger Positionierung und bei beabsichtigten Beschlüssen	116
(e)	Anknüpfung bei beabsichtigten Beschlüssen	119
(i)	Eingang einer Anmeldung oder einer Beschwerde oder Aufnahme erster Ermittlungsmaßnahmen im Beihilfenrecht	121
(ii)	Beschwerde oder Aufnahme von Ermittlungen im EU-Kartellrecht ...	121
(iii)	Beschluss über die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens im Beihilfenrecht	122
(iv)	Verfahrenseröffnung im EU-Kartellrecht	124
(v)	Mitteilung der Beschwerdepunkte im EU-Kartellrecht	127
(vi)	Signal der Anmeldefähigkeit im Fusionskontrollverfahren	128
(vii)	Unabgestimmte Anmeldung im Fusionskontrollverfahren, Antrag auf Verweisung zur Europäischen Kommission und Entscheidung über Befreiung vom Vollzugsverbot	129
(viii)	Aufgreifen nicht angemeldeter Zusammenschlüsse nach der FKVO ...	130
(ix)	Zusammenfassung, Bewertung, zeitliche Komponente	131
(f)	Ausgleich der Interessen bei nur beabsichtigten und nicht bestandskräftigen Beschlüssen der Europäischen Kommission sowie bei Beschlüssen mit nur vorläufiger Positionierung	135
(i)	Handlungsoptionen im Beihilfenrecht	136
(A)	<i>Vorlageverfahren / Konsultation</i>	136
(B)	<i>Untätigkeit i.d.R. keine Option</i>	137
(C)	<i>Einstweilige Anordnung</i>	139
(ii)	Handlungsoptionen im EU-Kartellrecht und EU-Fusionskontrollrecht	143

3.3.4 Gesamtschau zur Berücksichtigungspflicht auf der Grundlage des Primärrechts	144
3.3.5 Sondersituationen	148
(a) Bestandskräftige Beschlüsse der Europäischen Kommission im Fall entfernter dritter nicht-Adressaten	148
(b) Aufgehobene Beschlüsse der Europäischen Kommission	149
(c) Wirkung bestandskräftiger Beschlüsse, wenn Parallelbeschlüsse aufgehoben wurden	151
(d) Rechtskraft von Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte	152
(e) Zusammenfassung	160
3.4 Berücksichtigungspflichten auf der Grundlage des Sekundärrechts (Art. 16 VO 1/2003)	161
3.4.1 Einführung	161
3.4.2 Möglichkeit eigenen Regelungsgehalts des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003	162
3.4.3 Gehalt des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 bezogen auf bestehende Beschlüsse der Europäischen Kommission	164
(a) Grundsätzlich klarstellende Wirkung	164
(b) Tatbestands- oder Feststellungswirkung	165
(c) Sachverhaltsidentität	168
(d) Vorgehen bei fehlender Bestandskraft	170
(e) Vorgehen bei bestandskräftigen, aber offensichtlich unrechtmäßigen Beschlüssen	171
(f) Sonstige Aspekte	172
(g) Zusammenfassung	173
(h) Exkurs: Vergleich von Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 und § 33b GWB und weitere Berücksichtigungspflichten nach nationalem Recht	173
3.4.4 Gehalt des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 bezogen auf beabsichtigte Beschlüsse der Europäischen Kommission	176
(a) Einführung	176
(b) Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigungspflicht: Verfahrenseinleitung und Absicht	176
(i) Verfahrenseinleitung als gesondertes Tatbestandsmerkmal	176
(ii) Absicht	178
(A) Wortlaut	178
(B) Systematische Betrachtung	179

(c)	Reichweite der Berücksichtigungspflicht nach Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003	180
	(A) <i>Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen</i>	180
	(B) <i>Sachverhaltsidentität</i>	180
	(C) <i>Fehlen eines angreifbaren Beschlusses</i>	180
3.4.5	Gesamtschau	182
3.5	Anwendung der Berücksichtigungspflicht auf die verschiedenen Beschlussarten im Kartellrecht	183
3.5.1	Einführung	183
3.5.2	Anordnung der Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV	183
3.5.3	Beschlüsse im Bußgeldverfahren nach Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 und Zwangsgeld nach Art. 24 VO 1/2003	183
3.5.4	Beschlüsse im Settlement-Verfahren	186
3.5.5	Bindenderklärung von Verpflichtungszusagen	187
(a)	Einleitung	187
(b)	Kartellrechtliche Beurteilung der Umstände vor Durchführung der Verpflichtungszusagen	189
(c)	Kartellrechtliche Beurteilung der Umstände ab Durchführung der Verpflichtungszusagen	192
(d)	Verpflichtungszusagen	196
3.5.6	Nichtanwendbarkeitsentscheidungen (Positiventscheidung)	199
(a)	Einführung	199
(b)	Sachverhaltsidentität	201
(c)	Fehlen einer Berücksichtigungspflicht aufgrund mangelnder Rechtsschutzmöglichkeiten	202
3.5.7	Abweisung einer Beschwerde nach Art. 7 Abs. 2 VO 773/2004	204
3.5.8	Entzug der Freistellungswirkung einer GVO	206
(a)	Einführung	206
(b)	Wirkung einer GVO	206
(c)	Berücksichtigungspflicht bei generellem Entzug der Freistellungswirkung durch Verordnung (Nichtanwendungsverordnung)	209
(i)	Auf der Grundlage der Ansicht, eine GVO habe konstitutiv-freistellende Wirkung	209

(ii)	Auf der Grundlage der Ansicht, eine GVO habe nur deklaratorische Wirkung	210
(d)	Berücksichtigungspflicht bezogen auf Beschlüsse über den Entzug der Freistellungswirkung nach Art. 29 VO 1/2003	210
(i)	Auf der Grundlage der Ansicht, eine GVO habe konstitutiv-freistellende Wirkung	210
(ii)	Auf der Grundlage der Ansicht, eine GVO habe nur deklaratorische Wirkung	212
3.5.9	Anordnung einstweiliger Maßnahmen zur Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV sowie entsprechende Bußgeldentscheidungen	213
3.5.10	Sektoruntersuchungen	214
3.6	Anwendung der Berücksichtigungspflicht auf die verschiedenen Beschlussarten im Beihilfenrecht	215
3.6.1	Einführung	215
3.6.2	Beschlüsse, wenn die Europäische Kommission davon ausgeht, dass eine Beihilfe vorliegt (keine Einwände; Positivbeschluss; Negativbeschluss)	216
3.6.3	Feststellung, dass keine Beihilfe vorliegt	219
3.6.4	Genehmigungsfiktion nach Art. 4 Abs. 6 VO 2015/1589	219
3.6.5	Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens	221
(a)	Berücksichtigungspflicht	221
(b)	Bedeutung eines möglichen Vorgehens gegen den Eröffnungsbeschluss ..	222
(i)	Grundsatz	222
(ii)	Zur <i>Alro</i> -Rechtsprechung des <i>EuG</i>	223
3.6.6	Einordnung einer Maßnahme als neue Beihilfe	225
3.6.7	Abweisung einer Beschwerde	228
3.6.8	Sektoruntersuchungen	229
3.7	Anwendung der Berücksichtigungspflicht auf die verschiedenen Beschlussarten im Fusionskontrollrecht	230
3.7.1	Einführung	230
3.7.2	Nichtigkeit nach Art. 7 Abs. 4 FKVO	230
(a)	Ausgangspunkt	230
(b)	Freigabe und Untersagung durch die Europäische Kommission	232
(c)	Beschlüsse, die die fehlende Anmeldepflicht feststellen bzw. die Anmeldepflicht entfallen bzw. aufleben lassen.	234

(d)	Einleitung eines Hauptprüfverfahrens (Phase II).....	235
(e)	Ahndung des Vollzugs eines nicht angemeldeten Vorhabens	237
(f)	Entscheidungsfreiheit der nationalen Gerichte beim Fehlen einer Anmeldung und eines einschlägigen Beschlusses	238
(g)	Beurteilung über die Reichweite einer Freigabe.....	240
(h)	Ausnahme vom Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 2 und Abs. 4 UA 2 FKVO für öffentliche Übernahmeangebote, sukzessive Übernahmen und bestimmte Wertpapiergeschäfte.....	241
(i)	Beurteilung, ob eine Vermutung nach Art. 10 Abs. 6 FKVO eingetreten ist	241
(j)	Prüfung, ob gegen eine Auflage einer Freigabe verstoßen wurde	242
(k)	Prüfung, ob eine auflösende Bedingung einer Freigabe eingetreten ist.....	242
	(i) Wirksamkeitsrelevanz des Eintritts einer auflösenden Bedingung.....	242
	(ii) Nur begrenzte Entscheidungsfreiheit des nationalen Gerichts	244
(l)	Prüfung, ob eine aufschiebende Bedingung einer Freigabe eingetreten ist	244
3.7.3	Kartellrechtliche Freigabe auf der Grundlage der FKVO bezogen auf die Koordinierung über Gemeinschaftsunternehmen.....	245
3.7.4	Kartellrechtliche Freigabe von <i>Ancillary Restraints</i>	246
3.7.5	Andere kartellrechtliche Aspekte	248
3.8	Zusammenfassung	248
4.	Berücksichtigungspflicht der Europäischen Kommission bezogen auf Entscheidungen der nationalen Zivilgerichte.....	251
4.1	Ausgangspunkt	251
4.2	Primärrecht	252
	4.2.1 Grundsatz der Rechtssicherheit	252
	4.2.2 Loyalitätsgebot i.V.m. den primärrechtlichen Aufgabenzuweisungen	254
	4.2.3 <i>effet utile</i> -Gedanke	257
	4.2.4 Schlussfolgerungen	257
4.3	Sekundärrecht	260
4.4	Keine Pflicht der Europäischen Kommission zur Ermittlung einschlägiger nationaler gerichtlicher Entscheidungen	260
4.5	Zusammenfassung	262
5.	Bedeutung fallbezogener Beratungsschreiben der Europäischen Kommission für die nationalen Zivilgerichte.....	264

5.1	Einführung.....	264
5.2	Umfang der Berücksichtigungspflicht für nationale Zivilgerichte auf der Grundlage des Primärrechts	266
5.2.1	Einführung.....	266
5.2.2	Zur Frage einer Pflicht maßgeblicher Berücksichtigung	269
5.2.3	Orientierungsfunktion	272
5.3	Zusammenfassung	275
6.	Bedeutung von Mitteilungen, Leitlinien und Bekanntmachungen der Europäischen Kommission für die nationalen Zivilgerichte.....	276
6.1	Einführung.....	276
6.2	Umfang der Berücksichtigungspflicht für nationale Zivilgerichte auf der Grundlage des Primärrechts	285
6.2.1	Entwicklung der Rechtsprechung.....	285
6.2.2	Zur Frage einer Pflicht maßgeblicher Berücksichtigung	287
(a)	Einseitig gesetzte Mitteilungen	287
(b)	Abgestimmte Mitteilungen	294
(c)	Zusammenfassung.....	297
6.2.3	Orientierungsfunktion	297
(a)	Befassungs- und Begründungspflicht	297
(b)	Orientierungswirkung vs. <i>ultra vires</i> -Mitteilungen	299
(c)	Orientierungsfunktion vs. faktische Wirkung.....	303
6.3	Zusammenfassung	304
7.	Pflichten von nationalen Zivilgerichten und Europäischer Kommission bei ihrer Zusammenarbeit	307
7.1	Einführung.....	307
7.2	Von den nationalen Gerichten ausgehende Zusammenarbeit	308
7.2.1	Einführung.....	308
7.2.2	Pflicht der nationalen Gerichte zur Konsultation mit der Europäischen Kommission	309
(a)	Grundlagen einer Konsultationspflicht	309
(b)	Sachverhaltsermittlung und Antragsrecht.....	313
(c)	Exkurs: Keine Abkehr vom kontradiktorischen Verfahren durch spezielle Regeln deutschen Rechts	317
(d)	Zusammenfassung.....	318

7.2.3 Pflicht der Europäischen Kommission, auf eine Anfrage eines nationalen Gerichts zu antworten.....	319
(a) Grundlagen und Grenzen	319
(b) Anhörung und Rechtsschutz	328
(c) Insbesondere: Einlassungen von Kronzeugen in Kartellverfahren	330
(d) Insbesondere: Art. 5, 6 SE-RL	335
(e) Exkurs: Umsetzung von Art. 5, 6 SE-RL im GWB	338
(f) Zusammenfassung.....	339
7.2.4 Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte bezogen auf Stellungnahmen der Europäischen Kommission im Rahmen einer vom nationalen Gericht initiierten Konsultation.....	340
7.2.5 Zusammenfassung.....	343
7.3 Von der Europäischen Kommission ausgehende Zusammenarbeit	344
7.3.1 Einführung.....	344
7.3.2 Recht der Europäischen Kommission, von sich aus als <i>amicus curiae</i> vor den nationalen Zivilgerichten aufzutreten.....	346
(a) Primärrecht.....	346
(b) Sekundärrecht	348
(i) Grundsätzliches Recht zur Stellungnahme	348
(ii) Grenzen.....	350
(A) Öffentliches Interesse und Kohärenzerfordernis	350
(B) Beteiligungsrecht der Europäischen Kommission soweit Wettbewerbsrecht nur am Rande betroffen ist	353
(C) Geltung der nationalen Verfahrensregeln	355
(D) Begrenztes Akteneinsichtsrecht der Europäischen Kommission....	356
(c) Zusammenfassung.....	358
7.3.3 Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte bezogen auf selbstinduzierte <i>amicus curiae</i> -Stellungnahmen der Europäischen Kommission.....	358
(a) Primärrecht.....	358
(b) Sekundärrecht	359
(c) Zusammenfassung.....	363
7.3.4 Zusammenfassung.....	363
7.4 Pflicht der nationalen Zivilgerichte zur Urteilsübermittlung an die Europäische Kommission nach Art. 15 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003	364
7.5 Zusammenfassung	366

8. Zusammenfassung, Ableitungen und Ausblick.....	368
Literatur.....	380
Anhang.....	400

1. EINFÜHRUNG

1.1 Ausgangspunkt

Die Sicherung einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts gilt als Fundament der EU, ihre Gewährleistung als Voraussetzung der Rechtsgemeinschaft ihrer Mitgliedstaaten.² Auch die einheitliche Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln ist kein Selbstzweck, sondern wichtiges Element der Errichtung eines Binnenmarktes für die EU.³ Die Errichtung eines Binnenmarktes wird in Art. 3 Abs. 3, erster UA EUV festgeschrieben. Dabei wird unter anderem die Verpflichtung der EU hervorgehoben, auf *"eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft"* hinzuwirken. Auch im AEUV ist der *"redliche Wettbewerb"* bereits im vierten Erwägungsgrund der Präambel erwähnt; es sei ein *"einverständliches Vorgehen"* der Mitgliedstaaten erforderlich, um dieses Ziel zu erreichen. Das Protokoll Nr. 27 zum AEUV hebt die Bedeutung unverfälschten Wettbewerbs für den Binnenmarkt hervor.⁴

Bei der großen Anzahl der Stellen, die EU-Wettbewerbsrecht – eine Querschnittsmaterie des öffentlichen und des Privatrechts – anwenden, Europäische Kommission, nationale Behörden und Gerichte,⁵ ist dessen durchgehend einheitliche Anwendung faktisch ausgeschlossen; soweit aber eine einheitliche Anwendung von EU-Wettbewerbsrecht erreicht werden kann, vermeidet dies Zonen unterschiedlicher Rechtsanwendung sowie ungutes *"forum shopping"* und trägt somit zu einem

² BVerfG, Beschl. v. 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514 –, Rn. 37; BVerfG, Urt. v. 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813 – OMT, juris, Rn. 117. Zur (deutschen) Historie des Begriffs der Rechtsgemeinschaft Mayer, NJW 2017, 3631, und v. Bogdandy, EuR 2017, 487ff, der lieber den Begriff einer "Rechtsunion" verwendet sehen will. Vgl. auch Calliess, NVwZ 2018, 1, 2, und Brinker, NZKart 2017, 609f.

³ Vestager (Kommissarin für Wettbewerb), NZKart 2017, 205. Vgl. auch Koalitionsvertrag zw. CDU/CSU/SPD v. 7. Februar 2018, S. 43 (Zeilen 1884-1886), wo die einheitliche Anwendung des Unionsrechts als politisches Ziel der neuen Bundesregierung benannt wird.

⁴ Das BVerfG (Urt. v. 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208 – Lissabon-Urteil, Rn. 396) weist darauf hin, dass mit der Neuformulierung in Art. 3 Abs. 3 UA 1 EUV *"das Ziel eines 'freien und unverfälschten Wettbewerbs' aus dem operativen Teil des Vertrags über die Europäische Union gestrichen und in das Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb ausgelagert"* wurde, stellt die Befugnisse der EU im Bereich des Wettbewerbsrechts aber nicht in Frage. Der BGH (Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 39) geht davon aus, dass sich an *"der Verbindlichkeit des Wettbewerbsprinzips für die Union ... nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon nichts geändert"* hat.

⁵ Calliess, NVwZ 2018, 1, 2, 5, verweist auf die Heterogenität in den Mitgliedstaaten, die bezogen auf den Anspruch einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts problematisch sei.

einheitlichen Binnenmarkt bei.⁶ Der Gemeinschafts-/Unionsgesetzgeber hat sich daher die Sicherung der kohärenten Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts zur Aufgabe gemacht und auch der *EuGH* sieht sich diesem Ziel verpflichtet.

Aus der Perspektive der EU ist die Europäische Kommission die wichtigste Stelle, der die Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts übertragen ist. Allerdings haben sich auch die Zivilgerichte der Mitgliedstaaten zunehmend⁷ zu wichtigen Institutionen für dessen Durchsetzung entwickelt.⁸ Von der Zahl der Fälle scheinen die Zivilgerichte die Behörden (zumindest im Kartellrecht) mittlerweile bei weitem zu überflügeln⁹ und die Befassung der Zivilgerichte wird – durch die zunehmende Tendenz von follow-on-Klagen, die sich *"auf dem Weg von Ausnahme- zum Regelfall befinden"* – weiter steigen.¹⁰

Die Zusammenarbeit von Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten, der daher eine zentrale Bedeutung zukommt,¹¹ ist Gegenstand dieser Arbeit. Untersucht wird, wie angesichts der Verteilung der Kompetenzen auf die Europäische Kommission und die nationalen Zivilgerichten bei der Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts

⁶ Laitenberger (Generaldirektor, GD Wettbewerb), EuZW 2016, 81; Bartels, S. 131f.

⁷ Oesterreich, BB 2017, 1865; Zuber, S. 5ff, der darstellt, dass die zivilrechtliche Durchsetzung gemeinschaftlicher, wettbewerbsrechtlicher Regelungen zunächst nicht als Selbstverständlichkeit galt, und darauf hinweist, dass der BGH (Urt. v. 14. April 1959 – VIII ZR 29/58 –) zunächst noch privatrechtliche Auswirkungen von gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsvorschriften in Frage stellte. Europäische Kommission, GD Wettbewerb, Directorate H - State aid: General scrutiny and enforcement, Call for Tenders - Tender specifications COMP/2018/001 (Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts) v. 1. Februar 2018, S. 4: *"Also, private litigation plays now more than ever an important role in the overall enforcement of EU State aid rules, in particular since the adoption of the new General Block Exemption Regulation providing a wider scope of application."*; vgl. dazu Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 16. Januar 2018 - IP/18/263: *"Mehr als 97 % der neuen Beihilfemaßnahmen, die zu Auszahlungen führten, fielen unter die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) [...]."*

⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 9. Juli 2014 COM(2014) 453 final, Zehn Jahre Kartellrechtsdurchsetzung auf der Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 – Ergebnisse und Ausblick, Rn. 7; BKartA, Jahresbericht 2015, S. 13.

⁹ BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760 v. 15. Juni 2017, S. 41ff, berichtet alleine für Deutschland für die Jahre 2015/2016 von mehr als 360 neuen Kartellzivilsachen, während das BKartA im selben Zeitraum nur 17 und das ECN insgesamt nur 180 neue Fälle verzeichnet.

¹⁰ BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760 v. 15. Juni 2017, S. 41f.

¹¹ Kamann in Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 3 Rn. 25. Für Calliess, NVwZ 2018, 1, 5f, kann das *"arbeitsteilige Modell der Wettbewerbspolitik"* bei der weiteren Entwicklung der EU sogar für andere Bereiche des Unionsrechts wegweisend sein.

etwaige Spannungsverhältnisse entstehen und ob oder wie sie aufgelöst werden (können).

Die folgende Untersuchung betrachtet die Arbeit der Europäischen Kommission in ihrer Funktion als Verwaltungsbehörde, die Exekutiv- und Verwaltungsfunktion im Bereich des EU-Wettbewerbsrechts ausübt. Diese ist abzugrenzen von der Tätigkeit der Europäischen Kommission als (Vertreterin der EU¹² als) klagende (oder beklagte¹³) Partei¹⁴ sowie von der Tätigkeit der Europäischen Kommission im Bereich der Rechtsetzung – etwa beim Erlass von GVOen im Kartell- oder Beihilfenrecht.¹⁵

Die Zivilgerichte werden in dieser Arbeit in ihrer Zuständigkeit für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten in einem kontradiktorischen und damit parteigesteuerten Verfahren betrachtet; exemplarisch wird dabei der Fokus auf die deutschen Zivilgerichte gelegt. Die hier betrachtete Tätigkeit ist abzugrenzen von anderen Aufgaben, die Gerichten (mitunter auch Zivilgerichten) übertragen sein können.¹⁶

¹² Verneinend zur Frage, ob die Europäische Kommission im Rahmen eines nationalen Rechtsstreits beteiligungsfähig i.S.d. § 61 VwGO sein kann OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 7. August 2017 – 6 B 3.17, ECLI:DE:OVGBEBB:2017:0804.6B3.17.00 – juris. Als Klägerin in zivilrechtlichen Sachen tritt sie als Vertreterin der Europäischen Union auf; vgl. *EuGH*, Urt. v. 6. November 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 – EG/Otis, Rn. 23.

¹³ Etwa wenn Schadensersatzforderungen (für unzulässiges wettbewerbsrechtliches Verwaltungshandeln) gegen die Europäische Kommission vor nationalen Gerichten geltend gemacht werden könnten. Der *EuGH* hält jedoch hier die Unionsgerichte für zuständig nach Art. 268 AEUV i.V.m. Art. 340 Abs. 2 AEUV; *EuGH*, Urt. v. 26. November 2002 – C-275/00, ECLI:EU:C:2002:711 – First und Franex, Rn. 43, 48, 50.

¹⁴ Vgl. Art. 335 AEUV sowie *EuGH*, Urt. v. 6. November 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 – EG/Otis, Rn. 18 bis 36, 56ff; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 26. Juni 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:388 – EG/Otis, v.a. Rn. 40ff; *EuGH*, Urt. v. 23. Oktober 2014 – C-302/13, ECLI:EU:C:2014:2319 – flyLAL, Rn. 31, 37; *Raue*, WRP 2013, 147.

¹⁵ Das Ausarbeiten von Rechtstexten ist selbstverständlich ebenfalls ein wichtiges Instrument zur Sicherung eines kohärenten und kohärent angewendeten EU-Wettbewerbsrechts. Hiervon ging die Europäische Kommission etwa im Weißbuch 81/82, Rn. 84f, selbst aus; vgl. dazu auch *Bartels*, S. 84. Bezüge hierzu stellt die vorliegende Arbeit her.

¹⁶ So etwa quasi-behördliche Aufgaben (wie sie etwa dem österreichischen Kartellgericht beim OLG Wien zukommen), quasi-verwaltungsgerichtliche Aufgaben (so sind etwa das OLG Düsseldorf und der Kartellsenat des *BGH* für Rechtsmittel gegen verwaltungsrechtliche Maßnahmen des *BKartA* zuständig) sowie Aufgaben im Bereich des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, bei welchen auch wettbewerbsrechtliche Fragen eine Rolle spielen können (vgl. dazu beispielsweise VO 1/2003, Erwägungsgrund (35), Art. 35). Gleiches gilt für die Tätigkeit der Gerichte zur Unterstützung von Untersuchungsmaßnahmen der Europäischen Kommission, die eher der (behördlichen) Kartellverfolgung zuzurechnen sind (vgl. z.B. VO 1/2003, Erwägungsgrund (27), Art. 20 Abs. 7, 8, Art. 21 Abs. 3; FKVO, Erwägungsgrund (39), (40)).

1.2 Gliederung der Arbeit

Ausgangspunkt des EU-wettbewerbsrechtlichen Verwaltungshandelns der Europäischen Kommission und der EU-wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung der nationalen Zivilgerichte sind für das Kartellrecht Art. 101 AEUV, für die Missbrauchsaufsicht Art. 102 AEUV und für das Beihilfenrecht Art. 107f AEUV sowie jeweils dazu ergangenes Sekundärrecht. Für das primärrechtlich nicht geregelte Fusionskontrollrecht ist die FKVO¹⁷ relevant.¹⁸

Zunächst werden in Kapitel 2 die Grundlagen und Grundanforderungen des Zusammenwirkens von Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten bei

Zivilgerichte sind zudem abzugrenzen von (vertraglichen) Schiedsgerichten. Vgl. *EuGH*, Urt. v. 1. Juni 1999 – C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269 – *Eco Swiss China Time*, Rn. 34, 40; Art. 18, 19 SE-RL; *Schneider* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 6; *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 9, Art. 16, Rn. 5; *Schütz* in *KöKo Kartellrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 10; *Zuber*, S. 114; *Imgrund*, S. 79f; *O. Weber* in *Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 2; *Becker/Vollrath* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 10ff; *Ritter* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5; *Schmidt* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), AEUV Art. 101 Abs. 2, Rn. 39, und VO 1/2003, Anhang 3, Rn. 67ff.

¹⁷ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; ABl. L 24 v. 29. Januar 2004, S. 1ff.

¹⁸ Der Schutz oder die Förderung des Wettbewerbs findet sich – über die oben beschriebenen Vorschriften hinaus – als Ziel oder Regelungsgegenstand in einer Reihe weiterer Bereiche des Primärrechts. Diese sind im Rahmen der hier vorgelegten Untersuchung ausgeklammert. Dies gilt etwa, soweit der EU im Bereich Landwirtschaft und Fischerei besondere Kompetenzen zur Festlegung der Wettbewerbsbedingungen übertragen werden (Art. 40 Abs. 1 lit. a, Art. 42, Art. 44 AEUV). Gleiches gilt für den Bereich Verkehr (Art. 93, 96 AEUV), das Gebot der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen im Bereich steuerlicher Maßnahmen der EU (Art. 113 AEUV), den Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb im Rahmen der Wirtschafts- und Währungspolitik (Art. 119, 120, 126, 127 AEUV; Erklärung Nr. 30 zur Schlussakte der Regierungskonferenz zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007), das Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft der EU im Rahmen der Sozialpolitik zu erhalten (Art. 151 AEUV) und – etwa in den Bereichen Forschung, Entwicklung, Raumfahrt, Tourismus – zu fördern (Art. 179, 189, 195 AEUV), die Zielsetzungen der EU bei den transeuropäischen Netzen im Rahmen eines Systems offener und wettbewerbsorientierter Märkte (Art. 170 AEUV), die Berücksichtigung des Wettbewerbs im Rahmen der Industriepolitik (Art. 173 AEUV), das Verbot, im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit Verzerrungen des Wettbewerbs zu bewirken (Art. 326 AEUV), die Berücksichtigung des Wettbewerbsschutzes bei Maßnahmen zum Schutz der Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten (Art. 346, 348 AEUV), das an die EZB / das ESZB gerichtete Gebot, im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb zu handeln (Protokoll Nr. 4, Art. 2), das an die Mitgliedstaaten gerichtete Gebot, den Wettbewerb nicht durch Maßnahmen zu verzerren, die die EU bei Einkäufen begünstigen (Protokoll Nr. 7, Art. 3), die Berücksichtigung des Wettbewerbsschutzes bei Maßnahmen der Mitgliedstaaten bezogen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (Protokoll Nr. 29). Gleiches gilt auch für Art. 116 AEUV, der der Angleichung von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten dient.

der Anwendung dieser Normen dargestellt, welche die Basis für die dann folgenden Untersuchungen bilden. Kapitel 2 hat dabei den folgenden Aufbau:

Die hier betrachteten Akteure – Europäische Kommission auf der einen und (deutsche) Zivilgerichte auf der anderen Seite – verdanken ihre Existenz unterschiedlichen Rechtsordnungen, dem EU-Recht auf der einen und dem (deutschen) mitgliedstaatlichen Recht auf der anderen Seite. Das maßgebliche materielle Recht entstammt wiederum (weitgehend) dem EU-Recht. Daher wird im Abschnitt 2.1 zunächst das Verhältnis der beiden Rechtsordnungen (mit Fokus auf der Frage des Vorrangs) beleuchtet.

Die im Rahmen dieser Arbeit betrachtete Überschneidung der Verwaltungstätigkeit der Europäischen Kommission und der nationalen Zivilgerichte im Bereich des EU-Wettbewerbsrechts kann sich nur ergeben, wo das EU-Recht für den Einzelnen (und damit für die Zivilgerichte) unmittelbar anwendbar ist. Abschnitt 2.2 beleuchtet diesen Aspekt für die wesentlichen Normen des Primärrechts (sowie für die FKVO), deren Regelungsgehalt dabei vorgestellt wird.

Das Ineinandergreifen der Verwaltungstätigkeit der Europäischen Kommission und der Zivilgerichte bei der Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts kann nur vor dem Hintergrund der jeweiligen Durchführungszuständigkeiten sinnvoll bestimmt werden. Diese werden in Abschnitt 2.3 dargestellt. Dabei ist nicht nur auf das allgemeine und speziell wettbewerbsrechtliche Primärrecht, sondern auch auf das relevante Sekundärrecht einzugehen.

Das Verhältnis von Europäischer Kommission und nationalen Gerichten, wie es heute verstanden und diskutiert wird, ist geprägt von einer längeren Entwicklung von Rechtsprechung und Gesetzgebung auf Gemeinschafts-/Unionsebene. Abschnitt 2.4 stellt knapp die Entwicklung sowie den gegenwärtigen Bestand von primär- und sekundärrechtlichen Normen dar, welche das Zusammenwirken von Europäischer Kommission und nationalen Gerichten regeln. Der Abschnitt zeigt zudem Entsprechungen und Ergänzungen im deutschen Recht auf.

Hiervon ausgehend werden dann in den folgenden Kapiteln einzelne Elemente des Zusammenwirkens von Europäischer Kommission und nationalen Gerichten betrachtet.

Kapitel 3 geht der Frage nach, inwieweit die nationalen Zivilgerichte verpflichtet sind, Beschlüsse und beabsichtigte Beschlüsse der Europäischen Kommission bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Das Kapitel gibt einen Überblick zur dazu ergangenen Rechtsprechung (Abschnitt 3.2) gefolgt von einer Analyse, inwieweit sich aus dem Primärrecht eine Berücksichtigungspflicht ergibt (Abschnitt 3.3) und wie sich

dies sekundärrechtlich darstellt (Abschnitt 3.4). Schließlich wird untersucht, wie sich die gefundenen Ergebnisse auf die einzelnen Beschlussarten im EU-Kartellrecht, Beihilfenrecht und EU-Fusionskontrollrecht auswirken (Abschnitte 3.5 bis 3.7).

Das Loyalitätsgebot aus Art. 4 Abs. 3 EUV ist als Gegenstromprinzip ausgestaltet. Spiegelbildlich zu Kapitel 3 geht Kapitel 4 vor diesem Hintergrund der Frage nach, inwieweit die Europäische Kommission verpflichtet ist, Entscheidungen nationaler Zivilgerichte zu beachten.

Die Europäische Kommission äußert sich im Rahmen ihrer Tätigkeit im Bereich des Unionswettbewerbsrechts nicht nur durch Beschlüsse, sondern auch durch fallbezogene Beratungsschreiben und andere informelle Äußerungen. Da diese ebenso Wertungen des Unionswettbewerbsrechts enthalten, ist denkbar, dass von solchen Schreiben eine Berücksichtigungspflicht für die nationalen Gerichte ausgeht. Dieser Frage geht Kapitel 5 nach.

Die Europäische Kommission sieht sich selbst beim Vollzug des Unionswettbewerbsrechts in einer zentralen Rolle und will dieser auch dadurch gerecht werden, dass sie den Mitgliedstaaten, Unternehmen, Gerichten und sonstigen Rechtsanwendern mit Mitteilungen, Leitlinien, Bekanntmachungen o.ä. (vermeintliche) Hilfsmittel zur erleichterten Anwendung des Unionswettbewerbsrechts an die Hand gibt. Diese oft in den Bereich des sog. *soft law* verorteten Instrumente werden in ihrer Wirkungsweise für die nationalen Zivilgerichte in Kapitel 6 untersucht.

Schließlich wird in Kapitel 7 betrachtet, inwieweit die nationalen Zivilgerichte und die Europäische Kommission auf der Grundlage des Primär- und Sekundärrechts zusammenarbeiten müssen. Dabei wird zunächst untersucht, inwieweit nationale Zivilgerichte bei der Europäischen Kommission nach Stellungnahmen und Informationen anfragen müssen, ob und inwieweit die Europäische Kommission antworten muss und inwieweit die nationalen Gerichte die Antwort dann berücksichtigen müssen (Abschnitt 7.2). Danach wird die Rolle der Europäischen Kommission betrachtet, soweit sie als sog. *amicus curiae* mit selbstinduzierten Stellungnahmen vor den nationalen Gerichten auftreten kann; hier wird vor allem das Recht der Europäischen Kommission auf einen solchen Auftritt und die Pflicht der nationalen Gerichte zur Berücksichtigung solcher Stellungnahmen beleuchtet (Abschnitt 7.3). Schließlich wird auf die Reichweite der Pflicht der nationalen Gerichte zur Übermittlung von Urteilen an die Europäische Kommission eingegangen (Abschnitt 7.4).

In Kapitel 8 folgt schließlich eine Zusammenfassung und ein Ausblick.

1.3 Sprachfassungen

Das Wortverständnis (grammatische Auslegung) wird in der juristischen Methodenlehre oft als der richtige Einstieg in die Analyse gesetzlicher Vorschriften angesehen. Der reine Wortlaut von EU-rechtlichen Regelungen erweist sich allerdings oftmals als 'falscher Freund', wenn man nur eine Sprachfassung betrachtet. Art. 55 Abs. 1 des EUV erklärt den Wortlaut seiner verschiedenen Sprachfassungen¹⁹ als "*gleichermaßen verbindlich*". Gleiches gilt für den AEUV nach dessen Art. 358. Nach Art. 1 der noch immer in Kraft befindlichen VO Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage²⁰ sind nahezu alle in der EU gesprochenen Sprachen offiziell Amts- und Arbeitssprachen der Organe der Union.²¹

Streng genommen müssen daher für eine Wortlautanalyse des EU-Rechts sämtliche Fassungen der verschiedenen Amtssprachen der EU verglichen werden,²² da ihnen der gleiche Wert zuzumessen ist.²³ In der Praxis der Rechtsentwicklung der EWG, EG und EU fiel und fällt die Realität von Arbeits- und Amtssprachen allerdings auseinander, denn in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle wurde und wird als "*Verkehrssprache*" das Englische und / oder Französische gewählt²⁴ und wurde und wird selbst der *EuGH* oft dem Dogma der Gleichberechtigung der Sprachen nicht

¹⁹ Bezogen auf die Urschrift des EUV in bulgarischer, dänischer, deutscher, englischer, estnischer, finnischer, französischer, griechischer, irischer, italienischer, kroatischer, lettischer, litauischer, maltesischer, niederländischer, polnischer, portugiesischer, rumänischer, schwedischer, slowakischer, slowenischer, spanischer, tschechischer und ungarischer Sprache.

²⁰ Verordnung Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. P 017 v. 6. Oktober 1958, S. 385, in der Fassung der Verordnung (EU) Nr. 517/2013 des Rates vom 13. Mai 2013 zur Anpassung einiger Verordnungen und Beschlüsse in den Bereichen freier Warenverkehr, Freizügigkeit, Gesellschaftsrecht, Wettbewerbspolitik, Landwirtschaft, Lebensmittelsicherheit, Tier- und Pflanzengesundheit, Verkehrspolitik, Energie, Steuern, Statistik, transeuropäische Netze, Justiz und Grundrechte, Recht, Freiheit und Sicherheit, Umwelt, Zollunion, Außenbeziehungen, Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik und Organe aufgrund des Beitritts der Republik Kroatien, ABl. L Nr. 158 v. 10. Juni 2013, S. 1. Vgl. dazu Art. 342 AEUV.

²¹ Bulgarisch, Dänisch, Deutsch, Englisch, Estnisch, Finnisch, Französisch, Griechisch, Irisch, Italienisch, Kroatisch, Lettisch, Litauisch, Maltesisch, Niederländisch, Polnisch, Portugiesisch, Rumänisch, Schwedisch, Slowakisch, Slowenisch, Spanisch, Tschechisch und Ungarisch.

²² *EuGH*, Ur. v. 3. Oktober 2013 – C-298/12, ECLI:EU:C:2013:630, - Confédération paysanne, Rn. 22; *Christensen/Pötters*, JA 2010, 566, 568; vgl. auch *Zedler*, S. 138ff.

²³ *EuGH*, Ur. v. 20. Februar 2018 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2018:79 – Belgien, Rn. 49.

²⁴ *Schübel-Pfister*, S. 95, 100ff; vgl. nun auch die jüngere Untersuchung von *Zedler*, S. 157ff.

gerecht, indem er sich auf die als wichtig empfundenen Sprachen konzentriert.²⁵ Es tritt hinzu, dass bei der Wortlautauslegung in der für das Europarecht entwickelten Methodenlehre zwar einerseits der "*normale*" oder "*natürliche*" Sinn der Worte im unmittelbaren Satzzusammenhang heranzuziehen ist, sich aber die Begriffsverwendung in diesem Bereich von der sonstigen Sprachentwicklung teilweise entfernt hat.²⁶

Daher werden für das EU-Recht andere Methoden bevorzugt.²⁷ Insbesondere wenn die verschiedenen Sprachfassungen voneinander abweichen legt der *EuGH* die fragliche Vorschrift oft weniger nach ihrem Wortlaut, sondern (getragen von der "*Vorstellung des Gebots der Einheitlichkeit des EU-Rechts*"²⁸) in erster Linie systematisch oder teleologisch,²⁹ historisch dagegen eher zurückhaltend³⁰ (und wenn nur bei Sekundärrecht³¹) aus. Im Bereich des primärrechtlichen EU-Wettbewerbsrechts wird dies auch damit begründet, dass dieses im Wesentlichen aus der Gründungszeit der EWG stammt und als Ergebnis politischer Diskussionen zur Schaffung eines zunächst als völkerrechtlicher Vertrag verstandenen Abkommens einen "*Formelkompromiss*" darstellt.³²

Die Wortlautauslegung kann daher in Bezug auf das EU-Recht nur der erste Schritt sein.³³ Dennoch ist das Wortlautverständnis jeder Norm nach hier vertretener Ansicht

²⁵ *Schübel-Pfister*, S. 168 bis 321, die darauf hinweist, dass sich der *EuGH* oft ohne nähere Begründung über Sprachdivergenzen hinwegsetzt; vgl. auch *Zedler*, S. 157ff, v.a. 180ff.

²⁶ *Oppermann/Classen*, § 9 Rn. 170.

²⁷ *Rengeling/Kotzur* in *Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union*, § 4 Rn. 5; *Oppermann/Classen*, § 9 Rn. 171.

²⁸ *Oppermann/Classen*, § 9 Rn. 172.

²⁹ *EuGH*, Urt. v. 20. Februar 2018 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2018:79 – Belgien, Rn. 49; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 139; *EuGH*, Urt. v. 7. September 2017 – C-248/17, ECLI:EU:C:2017:643 – Austria Asphalt GmbH & Co. OG gegen Bundeskartellanwalt; Rn. 20; *EuGH*, Urt. v. 19. April 2007 – C-63/06, ECLI:EU:C:2007:233 – UAB Profisa gegen Muitinès departamentas prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos, Rn. 14; *BVerfG*, Urt. v. 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813 – OMT, juris, Rn. 159; *Schübel-Pfister*, S. 510.

³⁰ *Oppermann/Classen*, § 9 Rn. 174f.

³¹ *Schübel-Pfister*, S. 510.

³² *Bartels*, S. 39.

³³ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 12. April 2005 – C-495/03, ECLI:EU:C:2005:215 – Intermodal Transports, Rn. 101 / Fn. 57.

der wichtigste Einstieg in ihre Auslegung.³⁴ Für die Zwecke dieser Arbeit wurde jeweils die deutsche, französische und englische Sprachfassung betrachtet.³⁵

³⁴ *BVerfG*, Urt. v. 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813 – OMT, juris, Rn. 159, stellt auch gleichermaßen auf Wortlaut-, teleologische und systematische Auslegung ab; vgl. auch *Zedler*, S. 401ff und als Beispiel *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. April 2017 – C-248/16, ECLI:EU:C:2017:322 – Austria Asphalt GmbH & Co. OG gegen Bundeskartellanwalt, Rn. 23ff.

³⁵ Dies entspricht nach *Schübel-Pfister*, S. 511, der üblichen Herangehensweise aus deutscher Perspektive und lässt sich damit begründen, dass diese Sprachen in aller Regel auch die wesentlichen Sprachen in der (zumindest sekundärrechtlichen) Rechtsentwicklung sind; vgl. *Schübel-Pfister*, S. 95, 100ff.

2. GRUNDLAGEN UND GRUNDANFORDERUNGEN FÜR DIE ZUSAMMENARBEIT ZWISCHEN EUROPÄISCHER KOMMISSION UND NATIONALEN ZIVILGERICHTEN

2.1 Verhältnis von Unions- und nationaler Rechtsordnung

2.1.1 Einführung

Ihre Existenz und ihre Befugnisse verdankt die Europäische Kommission dem Unionsrecht. Die nationalen Zivilgerichte werden dagegen auf der Grundlage des Rechts der Mitgliedstaaten errichtet und betrieben. Der im Rahmen dieser Arbeit betrachtete materielle Rechtsbereich, das EU-Wettbewerbsrecht, entspringt wiederum ausschließlich dem EU-Recht, welches sowohl durch die Europäische Kommission, als auch die nationalen Gerichte angewandt wird, während die nationalen Zivilgerichte (zumindest begleitend) auch nationales Verfahrens-, Kartell-, Zivil- und Verfassungsrecht³⁶ in den Blick nehmen müssen.³⁷ Das grundsätzliche Verhältnis von EU- und nationalen Rechtsordnungen ist daher eine wichtige Grundlage für die Kompetenzverteilung, gegenseitige Beeinflussung und Zusammenarbeit von Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten.

Die EU wurde ebenso wie ihre Vorgänger, die EGKS, die (bis heute bestehende) EURATOM-Gemeinschaft, die EWG und die Europäische Gemeinschaft durch Verträge der Mitgliedstaaten begründet, die ihrerseits auf der Grundlage ihrer jeweiligen Rechtsordnung über das Eingehen dieser Verträge entschieden haben. Hierdurch ist mit der EU ein supranationales Gebilde mit einer eigenen Rechtsordnung³⁸ und mit Hoheitsgewalt³⁹ entstanden, welchem seit seiner Gründung zunehmend der Anspruch zugeschrieben wird, die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu beeinflussen und (teils) unmittelbar für und gegen den Einzelnen zu wirken.⁴⁰ Das *BVerfG* spricht von einem "Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund".⁴¹

³⁶ Kirchhof, EuR 2014, 267, 270.

³⁷ Kruis, S. 477.

³⁸ Weiß in Niedobitek, Europarecht – Grundlagen der Union, § 5 Rn. 3ff.

³⁹ D. Grimm, S. 150, 152.

⁴⁰ D. Grimm, S. 55.

⁴¹ *BVerfG*, Beschl. v. 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514 –, Rn. 44.

In über 60 Jahren Entwicklung der Europäischen Gemeinschaften und der Europäischen Union ist das Verhältnis ihrer Rechtsordnung zu denen der Mitgliedstaaten allerdings noch immer in der juristischen, rechtspolitischen und politischen Diskussion. Es wird zwar nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt, dass auf der Grundlage der heute geltenden Verträge dem Unionsrecht grundsätzlich Vorrang vor dem mitgliedstaatlichem Recht zukommt⁴² und das Unionsrecht Regelungen vorsehen kann und vorsieht, die unmittelbar für und gegen den Einzelnen wirken. Dennoch sind Einzelheiten noch immer Gegenstand der Auseinandersetzung und der Entwicklung durch die Rechtsprechung.

Das Verhältnis des Unionsrechts zu den nationalen Rechtsordnungen wird an der Frage des Vorrangs des EU-Rechts besonders plastisch, weshalb in diesem Abschnitt 2.1 zunächst nur auf diesen Aspekt eingegangen wird. Die unmittelbare Anwendbarkeit des EU-Rechts, die eine wesentliche Voraussetzung für die Anwendung der Vorrangregel ist,⁴³ wird dann unter 2.2 gesondert betrachtet.

Der Vorrang des EU-Rechts wird je nach Perspektive unterschiedlich gesehen. Im Folgenden wird zunächst die Perspektive des EU-Rechts beleuchtet, dann die Perspektive des (deutschen) mitgliedstaatlichen Rechts, gefolgt von einer Ableitung.

2.1.2 Perspektive des EU-Rechts

Das EU-Recht regelt seinen Vorrang vor mitgliedstaatlichem Recht nicht ausdrücklich.⁴⁴ In dem gescheiterten Projekt einer Verfassung für die EU war zwar eine ausdrückliche Vorrangregelung vorgesehen. Im Vertrag von Lissabon beschränkten sich die Mitgliedstaaten dann aber auf eine (nicht zum Primärrecht zählende⁴⁵) *"Erklärung zum Vorrang"* (Erklärung Nr. 17). Dort wird darauf verwiesen, dass das EU-Recht *"im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung"* des *EuGH* *"unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten"* habe. Der Erklärung wurde ein kurzes Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates beigelegt, in welcher die einschlägige Rechtsprechung des *EuGH* sehr knapp aufgegriffen wurde.

⁴² Hwan, EuR 2016, 355, 356.

⁴³ Weiß in Niedobitek, Europarecht – Grundlagen der Union, § 5 Rn. 75, 148.

⁴⁴ Kruis, S. 95.

⁴⁵ Weiß in Niedobitek, Europarecht – Grundlagen der Union, § 5 Rn. 89.

Der *EuGH* ging und geht durchgängig vom (weitgehend uneingeschränkten) Vorrang des Gemeinschafts-/Unionsrechts aus. Die Mitgliedstaaten hätten insoweit ihre Souveränität selbst beschränkt *"und so einen Rechtskörper geschaffen, der für ihre Angehörigen und sie selbst verbindlich ist."*⁴⁶ Dies leite sich auch aus Art. 189 EWGV (heute Art. 288 AEUV) ab.⁴⁷ Die Legitimität des Vorrangs wird also aus dem Charakter der Union als Integrationsgemeinschaft abgeleitet, der auch bei den Vertragsrevisionen von den Mitgliedstaaten nicht mehr in Frage gestellt wurde.⁴⁸

Aus Unionsperspektive sind daher *"Normenkonflikte zwischen Gemeinschafts- und innerstaatlichem Kartellrecht ... nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts zu lösen"*.⁴⁹ Dem Gemeinschafts-/Unionsrecht entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht gilt als unanwendbar.⁵⁰ Die nationalen Gerichte seien zur gemeinschaftsrechts-/EU-rechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts verpflichtet; diese finde aber ihre Grenzen *"in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ..., die Teil des Gemeinschaftsrechts sind, und insbesondere im Grundsatz der Rechtssicherheit und im Rückwirkungsverbot"*⁵¹ sowie in den zum jeweils einschlägigen mitgliedstaatlichen Recht entwickelten Auslegungsgrundsätzen.

Der *EuGH* geht vor dem Hintergrund dieser von ihm entwickelten Grundsätze selbstverständlich auch von einem grundsätzlichen Vorrang des EU-Wettbewerbsrechts vor nationalem (einfachen und Verfassungs-) Recht einschließlich mitgliedstaatlicher (individuell-konkreter) Anwendungsrechtsakte⁵² aus, auch wenn sie zeitlich nachgelagert sind.⁵³

⁴⁶ *EuGH*, Urt. v. 15. Juli 1964 – 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – Costa / Enel.

⁴⁷ Zur weiteren Begründung, auch in der unterstützenden Literatur, wie etwa dem pragmatischen Argument der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Europäischen Gemeinschaften / Union, vgl. *Kruis*, S. 95f m.w.N.

⁴⁸ *Weiß in Niedobitek*, Europarecht – Grundlagen der Union, § 5 Rn. 96, 98.

⁴⁹ *EuGH*, Urt. v. 13. Februar 1969 – 14/68, ECLI:EU:C:1969:4 – Walt Wilhelm, Rn. 6; ähnlich *EuGH*, Beschl. v. 13. Juli 1990 – C-2/88 Imm, ECLI:EU:C:1990:315 – Zwartveld, Rn. 15.

⁵⁰ *EuGH*, Urt. v. 9. März 1978 – 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 – Simmenthal, Rn. 17/18; bestätigt u.a. in *EuGH*, Urt. v. 19. Juni 1990 – C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 – Factortame, Rn. 18; *EuGH*, Urt. v. 9. September 2003 – C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 – CIF, Rn. 49; *EuGH*, Urt. v. 13. Juli 2006 – verbundene Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 – Manfredi, Rn. 39.

⁵¹ *EuGH*, Urt. v. 28. Juni 2005 – Verbundene Rechtssachen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 – Dansk Rørindustri, Rn. 220f.

⁵² *EuGH*, Urt. v. 29. April 1999 – C-224/97, ECLI:EU:C:1999:212 – Ciola, Rn. 21ff; *Kruis*, S. 103ff.

⁵³ Wichtige Entscheidungen sind hier etwa *EuGH*, Urt. v. 13. Februar 1969 – 14/68, ECLI:EU:C:1969:4 – Walt Wilhelm; *EuGH*, Urt. v. 20. September 1990 – C-5/89, ECLI:EU:C:1990:320 – Kommission/Deutschland,

Aus EU-rechtlicher Perspektive gibt es nur äußerst begrenzt Ausnahmen vom Vorrangprinzip.⁵⁴ Wichtigstes Beispiel ist die zeitliche Begrenzung einer bestimmten Auslegung des Unionsrechts durch den *EuGH* zur Abfederung nachteiliger Folgen einer Auslegungsentscheidung. Ein anderes Beispiel ist die (allerdings begrenzte) Beachtung der Rechtskraft nationaler, EU-Rechts-widriger Entscheidungen.⁵⁵ Besonderheiten gelten auch im einstweiligen Rechtsschutz.⁵⁶

Nationales Verfahrensrecht oder nationale Verfahrenspraxis,⁵⁷ welche(s) die Durchsetzung des EU-Rechts abschwächt, unterfällt nach der Rechtsprechung des *EuGH* auch der Regel des Vorrangs des Unionsrechts;⁵⁸ dies wird in der Literatur als wichtiger Anwendungsfall der sog. "*indirekten Kollision*" bezeichnet, wobei der Konflikt hier nicht zwingend durch eine Nichtanwendung des nationalen Rechts gelöst wird, sondern – soweit möglich – durch eine der Zielsetzung des Unionsrechts Rechnung tragenden Anwendung.⁵⁹

2.1.3 Perspektive des (deutschen) mitgliedstaatlichen Rechts

Rechtstechnisch wurde und wird die Geltung des Rechts der Europäischen Gemeinschaften und der EU für bzw. in der Bundesrepublik Deutschland durch einen

Rn. 9ff; *EuGH*, Urt. v. 19. Januar 1997 - C-169/95, ECLI:EU:C:1997:10 – Spanien/Kommission, Rn. 48; *EuGH*, Urt. v. 20. März 1997 - C-24/95, ECLI:EU:C:1997:163 – Alcan, Rn. 25, 27ff; *EuGH*, Urt. v. 15. Dezember 2005 - C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774 – Unicredito, Rn. 104ff; *EuGH*, Urt. v. 15. Juni 2006 – Verbundene Rechtssachen C-393/04 und C-41/05, ECLI:EU:C:2006:403 - Air Liquide, Rn. 64. Vgl. auch *Quigley*, S. 649f.

⁵⁴ Vgl. die Untersuchung *Kruis*, S. 201ff.

⁵⁵ S.u. 3.3.5(d) (ab Seite 152).

⁵⁶ S.u. im Abschnitt 2.3.3(b)(ii) (ab Seite 42).

⁵⁷ Grundsätzlich obliegt die Durchführung des Unionsrechts den Mitgliedstaaten, Art. 291 Abs. 1 AEUV; vgl. zu dieser sog. Verfahrensautonomie unten 2.3.1(b) (ab Seite 31).

⁵⁸ *EuGH*, Urt. v. 9. März 1978 – 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 – Simmenthal, Rn. 21/23; *EuGH*, Urt. v. 13. Januar 2005 – C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 – Streekgewest, Rn. 18; *EuGH*, Urt. v. 11. September 2014 – C-527/12, ECLI:EU:C:2014:2193 – Kommission/Deutschland, Rn. 55.

⁵⁹ *Weiß* in *Niedobitek*, Europarecht – Grundlagen der Union, § 5 Rn. 79 unter Verweis auf *EuGH*, Urt. v. 19. September 2006 – Verbundene Rechtssachen C-392/04 und C-422/04, ECLI:EU:C:2006:586 - i-21 Germany, Rn. 49. In der Literatur wird teilweise vertreten, der Fall der indirekten Kollision unterfalle nicht dem Vorrang des EU-Rechts. Dies steht allerdings nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des *EuGH*; jedenfalls bezogen auf die (eingeschränkte) Anwendung von § 48 VwVfG im Rahmen des Beihilfenrechts geht auch die deutsche Rechtsprechung von einem Vorrang des EU-Rechts aus; *Kruis*, S. 100ff; vgl. auch *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1, 4ff. Siehe auch die Fn. 53 (Seite 38) und Fn. 77 (Seite 42) zitierte Rechtsprechung.

gesetzlichen Rechtsanwendungsbefehl deutschen Rechts erreicht.⁶⁰ Es entspricht der Rechtsprechung des *BVerfG*⁶¹ und der weit überwiegenden herrschenden Lehre in Deutschland,⁶² dass das Verhältnis der deutschen Rechtsordnung zur Rechtsordnung der EU durch Grenzen und Auslegung dieses Rechtsanwendungsbefehls zu bestimmen ist, was zur Folge hat, dass der Vorrang des EU-Rechts nicht uneingeschränkt gilt.⁶³ Das *BVerfG* geht davon aus, dass die Bundesrepublik Deutschland ihre "*souveräne Verfassungsstaatlichkeit*"⁶⁴ schon mit Blick auf Art. 79 Abs. 3 GG nicht aufgeben darf, nicht aufgeben hat⁶⁵ und damit der Vorrang des Gemeinschafts-/EU-Rechts – auch mit Blick auf das Loyalitätsgebot aus Art. 4 Abs. 3 EUV⁶⁶ – nicht vollständig sein⁶⁷ und umgekehrt von einem "*Vorrang der deutschen Verfassungsidentität vor dem Unionsrecht*"⁶⁸ gesprochen werden kann. An diesem Befund hat aus Sicht des *BVerfG* auch die Erklärung Nr. 17 zum Vorrang (zum Vertrag von Lissabon) nichts geändert.⁶⁹

⁶⁰ Dies gilt auch für die meisten anderen Mitgliedstaaten; vgl. die Übersicht in *Weiß* in *Niedobitek*, Europarecht – Grundlagen der Union, § 5 Rn. 52ff.

⁶¹ *BVerfG*, Urt. v. 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208 – Lissabon-Urteil, Rn. 339.

⁶² *Hwan*, EuR 2016, 355, 356, 360 m.w.N.; *D. Grimm*, S. 57f.

⁶³ Vgl. für viele *Kirchhof*, EuR 2014, 267, 271; *Dörr* in *Sodan/Ziekow*, Europäischer Verwaltungsschutz, Rn. 203ff; *Kruis*, S. 208ff. A.a. zuletzt etwa *Hwang*, EuR 2016, 355ff. Das *BVerfG* geht davon aus, dass die meisten anderen Mitgliedstaaten von der gleichen These ausgehen; vgl. die Übersichten in *BVerfG*, Beschl. v. 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514 –, Rn. 47, und *BVerfG*, Urt. v. 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813 – OMT, juris, Rn. 142; vgl. auch *Classen*, EuR 2016, 529, 533f, und *Weiß* in *Niedobitek*, Europarecht – Grundlagen der Union, § 5 Rn. 207ff.

⁶⁴ Sowie die "*Fähigkeit zu selbstverantwortlicher politischer und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse*" und ihre "*nationale Identität*"; *BVerfG*, Urt. v. 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208 – Lissabon-Urteil, Rn. 226.

⁶⁵ *BVerfG*, Urt. v. 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208 – Lissabon-Urteil, Rn. 273, 351, 367f.

⁶⁶ *BVerfG*, Urt. v. 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813 – OMT, juris, Rn. 140, 142.

⁶⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 6. Juli 2010 – 2 BvR 2661/06, ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100706.2bvr266106 – Mangold/Honeywell, Rn. 53f; *BVerfG*, Beschl. v. 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514 –, Rn. 36ff.

⁶⁸ *Sauer*, EuR 2017, 186.

⁶⁹ *BVerfG*, Urt. v. 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208 – Lissabon-Urteil, Rn. 331, 341, 343.

Verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt war zunächst⁷⁰ Art. 24 Abs. 1 GG, dann (auch) der später eingeführte Art. 23 GG, der ebenfalls die Übertragung von Hoheitsrechten gestattet, "*eigens für die europäische Integration und deren Fortgang geschaffen worden*" war⁷¹ und aus dem das *BVerfG* den "*Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit*" ableitet.⁷²

Entscheidend ist letztlich, dass das *BVerfG* einerseits anerkannt hat, dass der Rechtsanwendungsbefehl aus den auf Art. 23, 24 GG basierenden Zustimmungsgesetzen zu einer unmittelbaren Geltung des Gemeinschafts- (heute: Unions-) Rechts und einem Anwendungsvorrang vor nationalem Recht führt, andererseits aber auch verfassungsrechtliche Grenzen des Vorrangs bestimmt, die über die Jahre immer neu justiert wurden.⁷³ Die Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes durch eine *ultra vires*- und Identitätskontrolle obliege ausschließlich dem *BVerfG*, welches befugt sei, ausnahmsweise, unter besonderen und engen Voraussetzungen, Recht der EU für in Deutschland nicht anwendbar zu erklären.⁷⁴ In diesen Grenzen sei auch die Rechtsprechung der EU-

⁷⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 22. Oktober 1986 – 2 BvR 197/83 – Solange II, Rn. 98.

⁷¹ *BVerfG*, Ur. v. 12. Oktober 1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – Maastricht-Urteil – juris, Rn. 62.

⁷² *BVerfG*, Ur. v. 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208 – Lissabon-Urteil, Rn. 225, 234; zuvor etwa *BVerfG*, Beschl. v. 6. Juli 2010 – 2 BvR 2661/06, ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100706.2bvr266106 – Mangold/Honeywell, Rn. 56ff.

⁷³ *BVerfG*, Beschl. v. 22. Oktober 1986 – 2 BvR 197/83 – Solange II, Rn. 99ff; *BVerfG*, Ur. v. 12. Oktober 1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – Maastricht-Urteil – juris, Rn. 70ff; *BVerfG*, Ur. v. 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208 – Lissabon-Urteil; *BVerfG*, Beschl. v. 6. Juli 2010 – 2 BvR 2661/06, ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100706.2bvr266106 – Mangold/Honeywell; *BVerfG*, Ur. v. 7. September 2011 – 2 BvR 987/10, ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110907.2bvr098710 – Griechenlandhilfe Euro-Rettungsschirm, EFS; *BVerfG*, Ur. v. 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813 – OMT, juris, insbes. Rn. 145ff, 175ff. Kritisch dazu Sondervotum des RiBVerfG Landau in *BVerfG*, Beschl. v. 6. Juli 2010 – 2 BvR 2661/06, ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100706.2bvr266106 – Mangold/Honeywell, Rn. 95ff. Vgl. Auch die Übersicht in Ludwigs/Sikora, EWS 2016, 121, 123ff. Sauer, EuR 2017, 186, 193, 203ff, konstatiert einen Übergang der Begründung des BVerfG von der Auslegung des innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehls hin zu einer Prüfung am "*Legitimationsniveau*", wobei das BVerfG die klassische verfassungsrechtliche Betrachtung mit dem völkerrechtlichen Argument vermische, wonach "*eine Übertragung von Hoheitsrechten im Außenverhältnis des Völkerrechts nur in dem Umfang wirksam würde, wie sie im Innenverhältnis des Verfassungsrechts vorgenommen werden darf*".

⁷⁴ Bestätigt in *BVerfG*, Beschl. v. 6. Juli 2010 – 2 BvR 2661/06, ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100706.2bvr266106 – Mangold/Honeywell, Rn. 55. Auch als "Reservekompetenz" bezeichnet; *BVerfG*, Ur. v. 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208 – Lissabon-Urteil, Rn. 240f, 331, 340f; *BVerfG*, Ur. v. 7. September 2011 – 2 BvR 987/10, ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110907.2bvr098710 – Griechenlandhilfe Euro-Rettungsschirm, EFS. Vgl. zur weiteren Konkretisierung des Prüfungsmaßstabs *BVerfG*, Ur. v. 21. Juni

Gerichte für die nationalen Gerichte bindend,⁷⁵ die allerdings zur Prüfung aufgerufen bleiben, ob "*Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union*" eine Identitätsverletzung deutschen Verfassungsrechts darstellen oder *ultra vires* sind, bei Bejahung an einer Umsetzung solcher Maßnahmen nicht mitwirken dürfen und das *BVerfG* einschalten müssen.⁷⁶

Im Bereich des EU-Wettbewerbsrechts ist der Vorrang des EU-Rechts (ggf. in der Auslegung des *EuGH*) durch die deutsche Rechtsprechung nicht ernsthaft in Frage gestellt worden.⁷⁷ Dies gilt auch für das *BVerfG*,⁷⁸ welches sich darüber hinaus nur begrenzt berufen fühlt, die Richtigkeit von Entscheidungen deutscher Gerichte nach Unionswettbewerbsrecht zu prüfen.⁷⁹

2.1.4 Ableitung für die vorliegende Arbeit

Mit dem EU-Recht auf der einen und dem jeweiligen nationalen Recht jedes Mitgliedstaats auf der anderen Seite bestehen zwei Rechtsordnungen. Dogmatisch ist weiter umstritten, ob es zwischen diesen eine echte Normenhierarchie gibt⁸⁰ oder ob ein

2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813 – OMT, juris, Rn. 147ff, auch mit Bezug auf die Bindung des BVerfG an die Rechtsprechung des *EuGH* zur Auslegung des Unionsrechts auch in Fällen, in denen diese fragwürdig erscheint, solange sie sich noch "*im Rahmen herkömmlicher Auslegungsmethoden*" (Frenz, BB 2016, 1603) bewegt, und hierzu kritisch Sauer, EuR 2017, 186ff.

⁷⁵ *BVerfG*, Urt. v. 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208 – Lissabon-Urteil, Rn. 333, 336ff; ähnlich *BVerfG*, Urt. v. 7. September 2011 – 2 BvR 987/10, ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110907.2bvr098710 - Griechenlandhilfe Euro-Rettungsschirm, EFS, Rn. 109.

⁷⁶ *BVerfG*, Vorlagebeschluss vom 18. Juli 2017 – 2 BvR 859/15 – NJW 2017, 2894, 2896, Rn. 70; *BVerfG*, Urt. v. 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813 – OMT, juris, Rn. 162. Das BVerfG will allerdings Rechtsakte der einzelnen Organe der Union unmittelbar nicht prüfen, sondern nur als Vorfrage zur Prüfung der Akte (bzw. des Unterlassens eingreifender Akte bei überschießendem Unionshandeln) deutscher Organe. Kritisch hierzu Classen, EuR 2016, 529, 532; Sauer, EuR 2017, 186, 188ff, der insbesondere moniert, dass in vielen Fällen unklar bleibe, wie die Gerichte das BVerfG einschalten können, wenn das BVerfG eine unmittelbare Kontrolle von Unionsakten nicht vornehmen wolle.

⁷⁷ Vgl. etwa: *BVerwG*, Urt. v. 17. Februar 1992 – 11 C 47/92 – juris, Rn. 15ff; *BVerwG*, Urt. v. 23. April 1998 – 3 C 15/97 – Alcan – juris, Rn. 20 bis 36; *BFH*, Urt. v. 12. Oktober 2000 – III R 35/95 – juris, Rn. 27ff; *BGH*, Urt. v. 20. Januar 2004- XI ZR 53/03; *BFH*, Urt. v. 12. Oktober 2000 – III R 35/95 – juris, Rn. 27ff. *OLG Schleswig-Holstein*, Urt. v. 8. April 2015 – 6 U 54/06 – Flughafen Lübeck / Air Berlin – juris, Rn. 74ff.

⁷⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 17. Februar 2000 – 2 BvR 1210/98, ECLI:DE:BVerfG:2000:rk20000217.2bvr121098 – Alcan II; *BVerfG*, Beschl. v. 3. Juli 2001 – 1 BvR 382/01, ECLI:DE:BVerfG:2001:rk20010703.1bvr038201; *BVerfG*, Beschl. v. 19. Juli 2016 – 2 BvR 2752/11, ECLI:DE:BVerfG:2016:rk20160719.2bvr275211.

⁷⁹ *BVerfG*, Urt. v. 6. September 2016 – 1 BvR 1305/13 – juris, Rn. 13ff.

⁸⁰ Hwan, EuR 2016, 355ff.

paralleler Dualismus besteht, in welchem das EU-Recht zwar nicht mit höherem Rang ausgestattet ist, aber einen Anwendungsvorrang beansprucht und bewirkt, der nur als Kollisionsregel⁸¹ zu verstehen ist.⁸² Die herrschende Lehre in Deutschland geht von letzterem aus und wird von *EuGH* und *BVerfG* geteilt.⁸³ Im Falle indirekter Kollisionen wird der Konflikt nicht zwingend durch eine Nichtanwendung des nationalen Rechts gelöst, sondern – soweit möglich – durch eine der Zielsetzung des Unionsrechts Rechnung tragenden Anwendung.

Die im Rahmen dieser Arbeit betrachtete Überschneidung der Verwaltungstätigkeit der Europäischen Kommission und der nationalen Zivilgerichte im Bereich des EU-Wettbewerbsrechts kann sich allerdings nur ergeben, wo das EU-Recht für den Einzelnen unmittelbar anwendbar ist. Hierauf geht der folgende Abschnitt ein.

2.2 Unmittelbare Anwendbarkeit von EU-Recht, insbesondere von EU-Wettbewerbsrecht

2.2.1 Allgemein

Unmittelbare Anwendbarkeit bedeutet, dass sich das Unionsrecht nicht nur an die Mitgliedstaaten wendet, sondern – ohne nationale Umsetzung – für den Einzelnen Wirkung entfaltet. Unmittelbar wirkenden Normen sind von Behörden und Gerichten zu beachten und können von ihnen (unmittelbar) vollzogen werden; darüber hinausgehend können mit unmittelbar wirkenden Normen subjektive Rechte des Einzelnen verbunden sein.⁸⁴

Im Kapitel über die Rechtsakte der EU ist Art. 288 AEUV, welcher als Art. 189 in weitgehend gleicher Form schon im EWGV enthalten war, die zentrale Norm, die als rechtliche Handlungsformen der Organe der EU "*Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen*" benennt und deren Wirkungsweisen

⁸¹ Von einer Mindermeinung auch nur als "Prinzip" und nicht als "Regel" verstanden; vgl. *Kruis*, S. 96 bis 126, 201, der im Vorrang allerdings selbst eine Regel sieht.

⁸² *Funke*, DÖV 2007, 733, insbes. 736ff; *Kruis*, S. 32ff, 94, 122, der auf der Grundlage seiner umfangreichen Untersuchung einen Geltungsvorrang i.S. einer Normenhierarchie "*beim derzeitigen Stand der Integration*" der Union für nicht konstruierbar hält.

⁸³ *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121; *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, AEUV Art. 1 Rn. 16; *D. Grimm*, S. 13, 35f, 41, 105f und dazu *Ludwigs*, EuZW 2017, 41, *Behrens*, EuZW 2017, 81, *Haucap/Kühling*, faz.net, 22. Oktober 2016 sowie *Brinker*, NZKart 2017, 609f.

⁸⁴ *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL 2016, AEUV Art. 288, Rn. 39.

beschreibt. Dort werden zumindest Beschlüsse, Verordnungen und Richtlinien als "*verbindlich*" eingestuft. Für Verordnungen wird die "*unmittelbare Geltung*" in jedem Mitgliedstaat hervorgehoben.

Der *EuGH* bejahte denn auch bereits 1963 im Urteil *Van Gend en Loos*⁸⁵ die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts. In diesem Urteil wird die "*Geburtsstunde einer neuen Rechtsordnung*" gesehen.⁸⁶ Danach kann auch das Primärrecht unmittelbar wirken, soweit die Normen klare und eindeutige Verpflichtungen enthalten und nicht durch den Vorbehalt einer Umsetzung durch die Mitgliedstaaten eingeschränkt werden. Der *EuGH* konnte dabei an Grundsätze anschließen, die sich auch im Völkerrecht für "self executing"-Normen finden.⁸⁷ Wichtig ist, dass der *EuGH* bereits damals für die unmittelbare Wirkung das Bestehen aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleiteter, subjektiver Rechte implizierte, da er nicht nur auf die Pflichten, sondern auch die Rechte abstellte, die für den Einzelnen von Gemeinschaftsnormen ausgehen könnten. Dabei wurde vom *EuGH* klargestellt, dass auch Normen, die (nur) Mitgliedstaaten als Adressaten bezeichnen, Rechte Einzelner beinhalten können. Dies ist für den Gegenstand der vorliegenden Arbeit entscheidend, denn durch die unmittelbare Anwendung des Unionswettbewerbsrechts durch die Europäische Kommission auf der einen und die Befassung nationaler Zivilgerichte mit der Geltendmachung subjektiver Unionsrechte durch Private auf der anderen Seite entsteht der hier betrachtete Überschneidungsbereich.

Auch wenn die Auslegung des *EuGH*, dass bereits der EWGV unmittelbar anwendbare Bestimmungen enthielt, bis heute teils kritisch gesehen wird, gilt heute als gesichert, dass EU-Recht in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sein und subjektive Rechte verleihen kann. Ob dies für eine Vorschrift aus dem EU-Normenbestand der Fall ist, bestimmt sich aus der Perspektive der EU ausschließlich nach den vom *EuGH* entwickelten EU-rechtlichen Maßstäben. Aus der Perspektive des (deutschen) mitgliedstaatlichen Rechts ist zusätzlich zu prüfen, ob sich der betreffende EU-Rechtsakt in den Grenzen des innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehls hält.⁸⁸

⁸⁵ *EuGH*, Urt. v. 5. Februar 1963 – 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – *Van Gend en Loos*.

⁸⁶ *Hatje*, NJW 2017, 3056.

⁸⁷ *Seidl-Hohenveldern*, Rn. 556ff, 461f.

⁸⁸ *BVerfG*, Urt. v. 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813 – OMT, juris, Rn. 97, 162; zur (begrenzten) Prüfung von Rechtsakten der einzelnen Organe der Union durch das BVerfG siehe bereits oben Fn. 76 (Seite 16).

2.2.2 Unmittelbare Anwendbarkeit von EU Wettbewerbsrecht

Ausgangspunkt des EU-wettbewerbsrechtlichen Verwaltungshandelns der Europäischen Kommission und der EU-wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung der nationalen Zivilgerichte sind für das Kartellrecht Art. 101 AEUV, für die Missbrauchsaufsicht Art. 102 AEUV und für das Beihilfenrecht Art. 107f AEUV sowie jeweils das dazu ergangene Sekundärrecht. Für das primärrechtlich nicht geregelte Fusionskontrollrecht ist auf die FKVO zu blicken. Es folgt hier eine Übersicht über Inhalt und unmittelbare Anwendbarkeit dieser Normen.

(a) Art. 101 AEUV

(i) Regelungsgehalt

Art. 101 AEUV enthält in seinem ersten Absatz ein Verbot (näher beschriebenen) wettbewerbsbeschränkenden Handelns von "*Unternehmen*" und "*Unternehmensvereinigungen*" und erklärt dieses als mit "*dem Binnenmarkt unvereinbar*". Der zweite Absatz enthält eine Nichtigkeitserklärung für wettbewerbsbeschränkende "*Vereinbarungen oder Beschlüsse*". Der dritte Absatz des Art. 101 AEUV bestimmt, dass das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV unter bestimmten Umständen "*für nicht anwendbar erklärt werden*" kann.

(ii) Unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 AEUV

Eine unmittelbare Anwendbarkeit von Absatz 1 scheint – zumindest mit Blick auf die deutsche und französische Sprachfassung⁸⁹ – auf der Hand zu liegen, da die Norm ohne Vorbehalt einer Umsetzung durch die Mitgliedstaaten ein eindeutiges, an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen gerichtetes Verbot formuliert. Art. 101 AEUV war im Wesentlichen (als Art. 85) schon im EWGV enthalten. Nach einigen Zweifeln in der Anfangszeit der EWG bestand bald weitgehende Einigkeit, dass zumindest Abs. 1 unmittelbar anwendbar ist.⁹⁰ Gerade der *EuGH* bejahte früh die unmittelbare Anwendbarkeit⁹¹ und betonte seine Wirkung "*in den Beziehungen*

⁸⁹ Dabei sind die deutsche und französische Fassung eindeutig als Verbot gestaltet ("*verboten sind*"; "*Sont ... interdits*"), während die englische Fassung ("*shall be prohibited*") rein semantisch Spielraum für die Interpretation ließe, dass ein Verbot getrennt ergehen soll. Gleiches gilt für den zweiten Absatz des Art. 101 AEUV, der die Nichtigkeit entsprechender Vereinbarungen und Beschlüsse anordnet.

⁹⁰ *Bartels*, S. 26ff, 33.

⁹¹ *EuGH*, Urt. v. 6. April 1962 – 13/61, ECLI:EU:C:1962:11 – Bosch / van Rijn, mit dem Argument der Kompetenzen von Europäischer Kommission und nationalen Behörden in Art. 88 EWGV (heute, mit wenigen Änderungen, Art. 104 AEUV) und Art. 89 EWGV (heute, mit wenigen Änderungen Art. 105 AEUV). Noch

zwischen einzelnen".⁹² Schließlich sah und sieht er ausgehend von den Entscheidungen *Courage*⁹³ und *Manfredi*⁹⁴ in der Vorschrift sogar die Grundlage für Schadensersatzforderung Kartellgeschädigter gegen Kartelltäter. Der *BGH* stuft Art. 101 Abs. 1 AEUV als Schutzgesetz i.S.d. § 823 BGB ein.⁹⁵

(iii) Unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 3 AEUV

Die Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV (heute Art. 101 Abs. 3 AEUV) war zunächst in behördliche Hände gelegt. Primärrechtlich sah der *EuGH* (mit Blick auf Art. 88 EWGV, heute Art. 104 AEUV, und Art. 89 EWGV, heute Art. 105 AEUV) die Kompetenz allein bei den Behörden der Mitgliedstaaten (und ausdrücklich nicht bei der Europäischen Kommission).⁹⁶ Im Verordnungsweg (VO 17⁹⁷) wurde sekundärrechtlich ein zentralisiertes System von Einzelgenehmigungen durch die Europäische Kommission geschaffen.

Durch die VO 1/2003 wurde dieses durch ein "*Legalausnahmesystem*" ersetzt, welches die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 3 bewirkt:⁹⁸ Sind die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV gegeben, gilt nach Art. 1 VO 1/2003 das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht, "*ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf*". Die Adressaten des Kartellverbots nach Art. 101 Abs. 1 AEUV können sich also unmittelbar auf Art. 101 Abs. 3 AEUV berufen.

deutlicher wurde der *EuGH* im Urt. v. 6. Februar 1973 – 48/72, ECLI:EU:C:1973:11 – *Brasserie de Haecht*, Rn. 3/4; bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 20. September 2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – *Courage*, Rn. 22.

⁹² *EuGH*, Urt. v. 30. Januar 1974 – 127/73, ECLI:EU:C:1974:6 – *BRT-I*, Rn. 15/17.

⁹³ *EuGH*, Urt. v. 20. September 2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – *Courage*, Rn. 26.

⁹⁴ *EuGH*, Urt. v. 13. Juli 2006 – verbundene Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 – *Manfredi*, Rn. 59f. Bestätigt etwa in *EuGH*, Urt. v. 6. November 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 – *EG/Otis*, Rn. 40f; *EuGH*, Urt. v. 6. Juni 2013 – C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366 – *Donau Chemie*, Rn. 21.

⁹⁵ *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 – *Flughafen Lübeck / Air Berlin*, juris, Rn. 40.

⁹⁶ *EuGH*, Urt. v. 6. April 1962 – 13/61, ECLI:EU:C:1962:11 – *Bosch / van Rijn*: "*Artikel 88 sieht eine Entscheidung der Behörden der Mitgliedstaaten über die Zulässigkeit von Kartellen nur für den Fall vor, daß ihnen ein Kartell nach dem geltenden innerstaatlichen Kartellrecht zur Genehmigung vorgelegt wird. Artikel 89 erkennt der Kommission zwar eine allgemeine Zuständigkeit zur Überwachung und Aufsicht zu, ermächtigt sie aber nur, etwaige Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 und 86 festzustellen, ohne ihr die Zuständigkeit für die Abgabe von Erklärungen nach Artikel 85 Absatz 3 zu verleihen.*"

⁹⁷ Verordnung (EWG) Nr. 17/1962 Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. P 13 v. 21. Dezember 1962.

⁹⁸ Vgl. VO 1/2003, Erwägungsgründe (1) bis (4).

Die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV als Ganzes wird heutzutage kaum noch ernsthaft in Frage gestellt, auch wenn die früh geäußerte Kritik, dass sich der Wortlaut von Abs. 3 nicht für eine unmittelbare Anwendung eigne, und auch die Zweifel an der legislativen Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers insoweit das Primärrecht zu verändern, durchaus ihre Berechtigung hatten.⁹⁹

(b) Art. 102 AEUV

Nach Art. 102 AEUV gilt der Missbrauch einer "*beherrschenden Stellung*" als mit "*dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten*" und ist damit klar und eindeutig sowie ohne Vorbehalt einer Umsetzung durch die Mitgliedstaaten formuliert. Normadressaten sind auch hier "*Unternehmen*". Die Rechtsprechung des *EuGH* aus dem Jahr 1962 zur Frage der unmittelbaren Wirkung von Art. 85 EWGV¹⁰⁰ ist in ihrer Begründung auch auf Art. 86 EWGV (heute Art. 102 AEUV) übertragbar. Dementsprechend betonte der *EuGH* in der Entscheidung *BRT-I*¹⁰¹ die unmittelbare Wirkung des Verbots des Art. 86 EWGV "*in den Beziehungen zwischen einzelnen*" und stuft auch der *BGH* Art. 102 AEUV als Schutzgesetz i.S.d. § 823 BGB ein.¹⁰² Die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV wird heutzutage kaum noch ernsthaft in Frage gestellt, auch weil sie von Art. 1 Abs. 3 VO 1/2003 zusätzlich sekundärrechtlich angeordnet wird.

(c) Art. 107 AEUV

(i) Regelungsgehalt

Mit Art. 107 AEUV beginnt der Abschnitt "*Staatliche Beihilfen*" im AEUV. Der Artikel erklärt in Abs. 1 bestimmte (potentiell) wettbewerbsverfälschende staatliche Beihilfen als mit dem Binnenmarkt unvereinbar. In Abs. 2 werden hiervon bestimmte Formen von Beihilfen ausgenommen. In Abs. 3 werden Beihilfen aufgezählt, die als "*mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen*" werden "*können*". Nach Art. 107 Abs. 2 lit. e AEUV kann "*der Rat durch einen Beschluss auf Vorschlag der Kommission*" sonstige "*Arten von Beihilfen*" bestimmen, die als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können.

⁹⁹ Weiß in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 3. A., VerfVO, Art. 1, Rn. 17.

¹⁰⁰ *EuGH*, Urt. v. 6. April 1962 – 13/61, ECLI:EU:C:1962:11 – Bosch / van Rijn.

¹⁰¹ *EuGH*, Urt. v. 30. Januar 1974 – 127/73, ECLI:EU:C:1974:6 – BRT-I, Rn. 15/17; ebenso *EuGH*, Urt. v. 18. März 1997 – C-282/95, ECLI:EU:C:1997:159 – Guérin automobiles, Rn. 39; *EuGH*, Urt. v. 20. September 2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – Courage, Rn. 23.

¹⁰² *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 – Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 40.

(ii) Unmittelbare Anwendbarkeit

Anders als Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 102 AEUV enthält Art. 107 Abs. 1 AEUV von seinem Wortlaut her nicht zwingend ein Verbot, erklärt aber die Unvereinbarkeit bestimmter Beihilfen mit dem Binnenmarkt, was als Verbotstatbestand aufgefasst werden kann und wird.¹⁰³ Auch dies könnte als unmittelbar wirkend verstanden werden und so wirkt es auch, zumindest im Zusammenspiel mit dem Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV, welches den Mitgliedstaaten gebietet, Maßnahmen bis zu einem Beschluss der Europäischen Kommission über die Zulässigkeit der Beihilfe nicht durchzuführen.

Ausgehend von den am selben Tag ergangenen Entscheidungen *Steinike & Weinlig*¹⁰⁴ und *Iannelli & Volpi*¹⁰⁵ argumentiert der *EuGH*, die in Art. 92 EWGV (heute Art. 107 AEUV) "*niedergelegte Unvereinbarkeit der Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt*" sei "*weder absolut noch unbedingt*", was sich aus den Befugnissen von Europäischer Kommission und Rat aus "*Artikel 92 Absätze 1 und 3 sowie aus Artikel 93 Absatz 2 Unterabsatz 3 [EWGV]*" ergebe.¹⁰⁶ Kernargument des *EuGH* ist letztlich, dass die "*Feststellung der Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt in einem geeigneten Verfahren zu erfolgen hat, dessen Durchführung vorbehaltlich der Kontrolle durch den Gerichtshof Sache der Kommission ist*".¹⁰⁷ Der Einzelne (wenn er

¹⁰³ Cremer in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, AEUV Art. 107, Rn. 8.

¹⁰⁴ *EuGH*, Urt. v. 22. März 1977 – 78/76, ECLI:EU:C:1977:52 - Steinike & Weinlig.

¹⁰⁵ *EuGH*, Urt. v. 22. März 1977 – 74/76, ECLI:EU:C:1977:51 - Iannelli & Volpi; bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 11. März 1992 – Verbundene Rechtssachen C-78/90, C-79/90, C-80/90, C-81/90, C-82/90 und C-83/90, ECLI:EU:C:1992:118 - Compagnie Commerciale de l'Ouest, Rn. 33f; *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 1992 – Verbundene Rechtssachen C-149/91 und C-150/91, ECLI:EU:C:1992:261 – Sanders, Rn. 25f; *EuGH*, Urt. v. 16. Dezember 1992 – Verbundene Rechtssachen C-144/91 und C-145/91, ECLI:EU:C:1992:518 – Demoor, Rn. 25; *EuGH*, Urt. v. 16. Dezember 1992 – C-17/91, ECLI:EU:C:1992:514 - Georges Lornoy en Zonen, Rn. 29.

¹⁰⁶ *EuGH*, Urt. v. 22. März 1977 – 74/76, ECLI:EU:C:1977:51 - Iannelli & Volpi, Rn. 11/12; inhaltlich so auch *EuGH*, Urt. v. 22. März 1977 – 78/76, ECLI:EU:C:1977:52 - Steinike & Weinlig, Rn. 8f; *EuGH*, Urt. v. 14. Februar 1990 – C-301/87, ECLI:EU:C:1990:67 – Boussac, Rn. 15; *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – SFEI, Rn. 36.

¹⁰⁷ *EuGH*, Urt. v. 22. März 1977 – 74/76, ECLI:EU:C:1977:51 - Iannelli & Volpi, Rn. 11/12; im Ergebnis so auch *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 69. Eine vergleichbare Denkweise hatte der *EuGH* zuvor zu dem von der VO 17 aufgespannten System der Einzelgenehmigungen im Rahmen des Art. 85 EWGV herangezogen und zwar in *EuGH*, Urt. v. 9. Juli 1969 – 10/69, ECLI:EU:C:1969:36 – Portelange / Smith Corona Marchant International, Rn. 11/14; hier ging der *EuGH* davon aus, dass für die materielle Norm (dort Art. 85 EWGV) die "*Würdigung wirtschaftlicher und rechtlicher Zusammenhänge*" notwendig sei. Ein Verbot sei nur dann gegeben, wenn "*wenn ausdrücklich festgestellt wird, daß im konkreten Einzelfall nicht nur die Tatbestandsmerkmale von Artikel 85 Absatz 1*

die Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinschaftsrecht geltend machen möchte) soll, so der *EuGH*,¹⁰⁸ sich nur implizit auf Art. 92 EWGV berufen können und zwar nur, *"wenn die Bestimmungen des Artikels 92 durch die in Artikel 94 vorgesehenen allgemeinen Vorschriften oder durch Einzelfallentscheidungen nach Artikel 93 Absatz 2 konkretisiert worden sind"*.

Dass sich nach dieser Rechtsprechung keine unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 107 AEUV ergibt, liegt mit Blick auf den Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht unbedingt nahe, ist die Vorschrift doch kaum weniger unbestimmt als Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 AEUV, für die der *EuGH* unmittelbare Anwendbarkeit annimmt. Auch für Art. 107 Abs. 2 AEUV könnte unmittelbare Anwendbarkeit angenommen werden, welcher fest definierte und damit leicht subsumierbare Ausnahmen von Art. 107 Abs. 1 AEUV vorsieht. Damit ist er beihilfenrechtlichen GVOen ähnlich, für die eine unmittelbare Wirkung angenommen wird.¹⁰⁹ Gleichwohl ist es nachvollziehbar, dass vor dem Hintergrund der verfahrensrechtlichen Regelungen (heute Art. 108 AEUV) die Sichtweise eingenommen wird, dass auch im Rahmen des Art. 107 AEUV die Notwendigkeit eines ausfüllenden Beschlusses der Europäischen Kommission gesehen wird.

Die Sichtweise des *EuGH* zur fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 107 AEUV hat sich heute weitgehend etabliert.¹¹⁰ Für den Einzelnen kommt es also insoweit auf dessen Konkretisierung im Einzelfall durch Beschluss der Europäischen Kommission oder für bestimmte Gruppen in GVOen an.

(d) Art. 108 AEUV

(i) Art. 108 AEUV im Allgemeinen (ohne Abs. 3 letzter Satz)

Der Regelungsgehalt des Art. 108 AEUV beschränkt sich nach seinem Wortlaut im Wesentlichen auf beihilfenrechtliche Kompetenzzuweisungen zu Gunsten der Europäischen Kommission zur Überwachung der Mitgliedstaaten. Unmittelbar für oder gegen den Einzelnen wirkende Regelungen liegen schon bei reinem

erfüllt sind, sondern außerdem auch die in Absatz 3 dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme nicht in Betracht kommt."

¹⁰⁸ *EuGH*, Urt. v. 22. März 1977 – 78/76, ECLI:EU:C:1977:52 – Steinike & Weinlig, Rn. 10; *EuGH*, Urt. v. 19. Juni 1973 – 77/72, ECLI:EU:C:1973:65 – Capolongo/ Maya, Rn. 6; *BGH*, Urt. v. 4. April 2003 – V ZR 314/02 – juris, Rn. 11; *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08, Rn. 23.

¹⁰⁹ *Quigley*, S. 625; *Niemeyer in Heidenhain*, European State Aid Law, § 44, Rn. 18.

¹¹⁰ Vgl. z.B. *BVerwG*, Urt. v. 23. April 1998 – 3 C 15/97 – Alcan – juris, Rn. 22ff.

Wortlautverständnis nicht nahe. Dementsprechend hat auch der *EuGH* eine unmittelbar wirkende, Einzelne schützende Wirkung von Art. 93 EWGV (heute Art. 108 AEUV) nicht anerkannt.¹¹¹ Er argumentierte im Wesentlichen: Indem sich die Mitgliedstaaten *"in aller Form verpflichtet haben, die Kommission 'rechtzeitig' von ihren Beihilfeplänen zu unterrichten, und sich den in Artikel 93 vorgesehenen Verfahren unterworfen haben, sind die Staaten gegenüber der Gemeinschaft eine ihnen als Staaten obliegende Verpflichtung eingegangen, die keine Rechte der Einzelnen begründet."*¹¹² Dem hat sich der *BGH* im Wesentlichen angeschlossen.¹¹³ Die Position hat sich auch sonst weitgehend etabliert.

(ii) Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV

Art. 108 Abs. 3 AEUV sieht vor, dass die Mitgliedstaaten beabsichtigte neue Beihilfen und Umgestaltungen von Beihilfen vorab bei der Europäischen Kommission notifizieren müssen. Nach Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV müssen sie deren Freigabe durch die Europäische Kommission zur Umsetzung abwarten.

Schon nach der grundlegenden Rechtsprechung des *EuGH* zur unmittelbaren Anwendbarkeit, dass auch Normen, die (nur) Mitgliedstaaten als Adressaten bezeichnen, Rechte Einzelner beinhalten können,¹¹⁴ war eine unmittelbare Wirkung dieser Regelung denkbar, da die Regelung klar und eindeutig formuliert ist und keiner weiteren Umsetzung bedarf. Der *EuGH* erklärte denn auch schon früh, in einem *obiter dictum* der *Costa / Enel*-Entscheidung,¹¹⁵ seine Auffassung der fehlenden unmittelbaren Wirkung des Art. 93 EWGV gelte nicht für das an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbot, Maßnahmen durchzuführen, bevor die Europäische Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat. Der *EuGH* hat diese Sichtweise später mehrfach bestätigt.¹¹⁶ Die verfahrensrechtliche Regelung des Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV verknüpft

¹¹¹ *EuGH*, Urt. v. 15. Juli 1964 – 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – *Costa / Enel*.

¹¹² Insoweit sah der *EuGH* auch keine Rechtsschutzlücke für den Beihilfeempfänger, da dieser eine auf der Grundlage von Art. 93 EWGV (heute Art. 108 AEUV) erlassene Entscheidung der Europäische Kommission, die diese Beihilfe zum Gegenstand hatte, nach Art. 173 Abs. 3 EWGV (heute Art. 263 Abs. 4 AEUV) anfechten könne; *EuGH*, Urt. v. 9. März 1994 – C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 – *TWD*, Rn. 17ff; bestätigt durch *EuGH*, Urt. v. 22. Oktober 2002 – C-241/01, ECLI:EU:C:2002:604 – *National Farmers' Union*, Rn. 35, für den EG; ebenso *EuGH*, Urt. v. 5. Oktober 2006 – C-232/05, ECLI:EU:C:2006:651 – *Scott*, Rn. 55ff.

¹¹³ *BGH*, Urt. v. 24. Oktober 2003- V ZR 48/03 – juris, Rn. 11.

¹¹⁴ *EuGH*, Urt. v. 5. Februar 1963 – 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – *Van Gend en Loos*.

¹¹⁵ *EuGH*, Urt. v. 15. Juli 1964 – 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – *Costa / Enel*.

¹¹⁶ *EuGH*, Urt. v. 11. Dezember 1973 – 120/73, ECLI:EU:C:1973:152 – *Lorenz*, Rn. 8.

allerdings das Verbot der Durchführung mit der Frage der Erfüllung des Verbotstatbestands des Art. 107 Abs. 1 AEUV, indem das Durchführungsverbot nur bei Vorliegen einer Beihilfe angenommen wird;¹¹⁷ insoweit besteht mithin eine unmittelbare Wirkung des Art. 107 Abs. 1 AEUV, was mit Blick auf seinen oben beschriebenen Gehalt auch konsequent ist.

Das *BVerwG* hat die unmittelbare Wirkung von Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV anerkannt.¹¹⁸ Nach der Rechtsprechung des *BGH* führt die *"Anerkennung des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV als Schutzgesetz zu einer Gleichstellung dieser unmittelbar anwendbaren Norm des unionsrechtlichen Beihilfenrechts mit den unmittelbar geltenden Vorschriften des Kartellrechts der Union"*.¹¹⁹

(e) Art. 106 AEUV

(i) Regelungsgehalt

Art. 106 AEUV stellt eine besondere Norm dar, da sie nicht nur für den Bereich der Art. 101, 102 AEUV Bedeutung hat, sondern auch für den Bereich des Beihilfenrechts.

Adressaten des ersten Absatzes von Art. 106 AEUV sind die Mitgliedstaaten, denen auferlegt wird, *"in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren"* keine Maßnahmen, die den Wettbewerbsvorschriften des AEUV einschließlich des Beihilfenrechts (Art. 101 bis 109 AEUV) sowie dem allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) widersprechen, zu treffen oder beizubehalten. Dies wird teils als besondere Ausprägung des Loyalitätsgebots verstanden.¹²⁰ Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV begrenzt die Anwendbarkeit der *"Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln"* auf Unternehmen, die *"mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind"* sowie *"den Charakter eines Finanzmonopols haben"*. Die Wettbewerbsregeln sowie die übrigen Vorschriften der Verträge sollen hier nur gelten, *"soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert"*. Allerdings darf durch eine bevorzugte Behandlung solcher Unternehmen die *"Entwicklung des*

¹¹⁷ *EuGH*, Urt. v. 22. März 1977 – 78/76, ECLI:EU:C:1977:52 - Steinike & Weinlig, Rn. 14.

¹¹⁸ *BVerwG*, Urt. v. 16. Dezember 2012, - 3 C 44/09 – Tierkörperbeseitigung, juris, Rn. 13.

¹¹⁹ *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 27, 33, 41; übernommen von *OLG Schleswig-Holstein*, Urt. v. 8. April 2015 – 6 U 54/06 – juris, Rn. 43ff.

¹²⁰ *Robertson*, ZöR 2015, 351.

Handelsverkehrs ... nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft". Art. 106 Abs. 3 AEUV gibt der Europäischen Kommission auf, auf die Anwendung von Art. 106 AEUV zu achten und "erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Beschlüsse an die Mitgliedstaaten" zu richten.

(ii) Unmittelbare Anwendbarkeit

Art. 106 Abs. 1 AEUV verweist im Wesentlichen auf die anderen Vorschriften des EU-Wettbewerbsrechts, hat insoweit nur klarstellende Bedeutung, gilt aber gleichwohl als insoweit berücksichtigungsfähig und unmittelbar anwendbar.¹²¹ Auch die unmittelbare Wirkung des Art. 106 Abs. 2 AEUV wird bejaht.¹²²

Im Bereich des (selbst unmittelbar anwendbaren) EU-Kartellrechts auf der Grundlage von Art. 101, 102 AEUV stellt Art. 106 Abs. 2 AEUV eine Sondervorschrift dar, die den Mitgliedstaaten eine Abweichung von den allgemeinen Regeln erlaubt. Da insoweit schon kein Verwaltungsvorbehalt besteht, gilt – einhergehend mit der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 101 und 102 AEUV – auch diese Regelung als unmittelbar anwendbar.¹²³

Im Zusammenspiel mit dem Beihilfenrecht kommt Art. 106 Abs. 2 AEUV als Ausnahmenvorschrift nur dann eine Rolle zu, wenn die betrachtete Maßnahme eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV darstellt.¹²⁴ Soweit Art. 107 AEUV bezogen auf Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV unmittelbare Wirkung zukommt, kann sich diese auch nur insoweit auswirken, denn grundsätzlich gelten auch im Bereich des Art. 106 Abs. 2 die Regeln der Art. 107, 108 AEUV.¹²⁵

¹²¹ *EuGH*, Urt. v. 30. April 1974 – 155/73, ECLI:EU:C:1974:40 – Sacchi, Rn. 18; bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 19. Mai 1993 - C-320/91, ECLI:EU:C:1993:198 – Corbeau, Rn. 20; *Stadler in Langen/Bunte*, Kartellrecht, Art. 106 Rn. 10; *Klotz in von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, Art. 107 Rn. 90.

¹²² *Wolf* in *MüKo Beihilfenrecht*, Art. 107, Rn. 757.

¹²³ *Stadler in Langen/Bunte*, Kartellrecht, Art. 106 Rn. 11; *Klotz in von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, Art. 107 Rn. 94.

¹²⁴ *Wolf* in *MüKo Beihilfenrecht*, Art. 107, Rn. 756.

¹²⁵ *EuGH*, Urt. v. 21. Dezember 2016 – C-327/15, ECLI:EU:C:2016:974 – TDC A/S gegen Teleklagenævnet und Erhvervs- og Vækstministeriet, Rn. 50f. Zur Anwendung des Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV im Bereich des Beihilfenrechts vgl. auch unten S. 59 (bei Fn. 281).

(f) FKVO, insbesondere Art. 7 Abs. 4

(i) Primärrechtliche Grundlagen

Das EU-Fusionskontrollrecht ist auf der Ebene des Primärrechts nicht ausdrücklich geregelt. Der Gemeinschaftsgesetzgeber war allerdings der Auffassung, dass (bestimmte) unternehmerische Umstrukturierungsprozesse zu einer dauerhaften Schädigung des Wettbewerbs führen können und daher auch das Gemeinschaftsrecht Vorschriften für Unternehmenszusammenschlüsse enthalten müsse, *"die geeignet sind, wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich zu beeinträchtigen."*¹²⁶ Entsprechend leitete er seine Gesetzgebungskompetenz auch aus Art. 83 EG ab, der im Wesentlichen Art. 103 AEUV entspricht. Dem Gemeinschaftsgesetzgeber war dabei bewusst, dass Art. 81, 82 EG (heute Art. 101, 102 AEUV) nicht alle Zusammenschlüsse erfasst, *"die sich als unvereinbar mit dem vom Vertrag geforderten System des unverfälschten Wettbewerbs erweisen könnten."* Daher stützte er die Einführung der FKVO auch auf Art. 308 EG¹²⁷ und sah sich damit im *"Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit"* nach Art. 5 EUV.¹²⁸ Die Zulässigkeit und Wirksamkeit der FKVO in ihrem jetzigen Regelungsbereich wird in der Praxis nicht ernsthaft in Frage gestellt.¹²⁹

(ii) Regelungsgehalt

Die FKVO ist anwendbar, wenn ein Zusammenschlusstatbestand (Kontrollerwerb) erfüllt¹³⁰ und von den beteiligten Parteien (einschließlich verbundener Unternehmen) bestimmte Umsatzschwellen überschritten sind (oder eine Verweisung zur Europäischen Kommission erreicht wird). Ist die FKVO anwendbar, sollen die Zusammenschlussvorhaben *"nach dem Prinzip der einzigen Anlaufstelle und im*

¹²⁶ FKVO, Erwägungsgrund (5).

¹²⁷ Art. 308 EG wurde durch Art. 352 AEUV abgelöst.

¹²⁸ FKVO, Erwägungsgründe (6) und (7).

¹²⁹ *Bardong/Maas in Langen/Bunte*, Kartellrecht, Einl. FKVO, Rn. 16.

¹³⁰ Ausnahmen gibt es für Gemeinschaftsunternehmen, die nur Hilfsfunktion (anders ausgedrückt: keine 'Vollfunktion') haben. Vgl. dazu die Auffassung der Europäischen Kommission in ihrer Konsolidierten Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen gemäß der FKVO, ABl. C 43 v. 21. Februar 2009, S. 10, ("KMZ"), Rn. 91ff, sowie *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. April 2017 – C-248/16, ECLI:EU:C:2017:322 – Austria Asphalt GmbH & Co. OG gegen Bundeskartellanwalt; *EuGH*, Urt. v. 7. September 2017 – C-248/17, ECLI:EU:C:2017:643 – Austria Asphalt GmbH & Co. OG gegen Bundeskartellanwalt; *Hoffer*, NZKart 2016, 363.

Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip ausschließlich auf Gemeinschaftsebene geprüft werden".¹³¹

Mit dem Vollzugsverbot des Art. 7 FKVO ist den Unternehmen (mit einigen konkret eingegrenzten Ausnahmen) der Vollzug eines unter die FKVO fallenden Zusammenschlussvorhabens bis zu dessen Freigabe durch die Europäische Kommission untersagt. Nach Art. 7 Abs. 4 FKVO hängt die Wirksamkeit eines unter Missachtung dieses Vollzugsverbots abgeschlossenen Rechtsgeschäfts von einer Freigabe durch die Europäische Kommission oder von dem Eintritt einer entsprechenden Vermutung ab. Hiervon gibt es allerdings wiederum eine Ausnahme für bestimmte Rechtsgeschäfte mit Wertpapieren.

(iii) Unmittelbare Anwendbarkeit, insbesondere von Art. 7 Abs. 4 FKVO

Die FKVO stellt im Wesentlichen (ausschließliches) Verwaltungsrecht dar. Hier werden Unternehmen der hoheitlichen Gewalt der Europäischen Kommission unterworfen, die den vorgeschlagenen Zusammenschluss prüfen und freigeben oder untersagen kann. Insoweit besteht ohne Zweifel eine unmittelbare Anwendbarkeit der FKVO, die als Verordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV allgemeine Geltung hat, verbindlich ist und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt. Diese ist aber für die vorliegende Untersuchung nicht von Belang, da es insoweit keine Überschneidung der Tätigkeit der Europäischen Kommission mit der der Zivilgerichte der Mitgliedstaaten gibt.

Etwas anderes kann für die Unwirksamkeitsanordnung des Art. 7 Abs. 4 FKVO gelten. Die nach ihrem Wortlaut bestehende unmittelbare Wirkung wird durch Art. 288 Abs. 2 AEUV vermittelt. Diese Wirkung ist auch nicht von einem Beschluss der Europäischen Kommission o.ä. abhängig. Rechtsprechung des *EuGH*, die dies direkt bestätigt, ist allerdings nicht ersichtlich. Auf Rechtsprechung deutscher Gerichte hierzu wird unten¹³² näher eingegangen.

¹³¹ Die französische Fassung spricht hier von einem "*système du 'guichet unique'*", die englische von einem "*one-stop shop*".

¹³² S.u. 3.7.2 (ab Seite 230).

2.2.3 Ableitung für die vorliegende Arbeit

Alle hier betrachteten Bereiche, das EU-Kartellrecht, die Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV, das EU-Beihilfenrecht und die EU-Fusionskontrolle weisen Bestimmungen auf, die dem Einzelnen Rechte und Pflichten zuordnen und insoweit unmittelbar anwendbar sind oder – im Fall von Art. 7 Abs. 4 FKVO – zumindest unmittelbar anwendbar scheinen. Die im Rahmen der vorliegenden Arbeit untersuchte Überschneidung der Tätigkeitsbereiche von Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten kann es allerdings nur geben, wenn ihnen parallele Durchführungszuständigkeiten für diese Bestimmungen zugewiesen sind. Dies wird im folgenden Abschnitt beleuchtet.

2.3 Durchführungszuständigkeiten

2.3.1 Durchführungszuständigkeit in Abgrenzung zur gesetzgeberischen Zuständigkeit

(a) Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungszuständigkeit liegt im Bereich des EU-Wettbewerbsrechts bei der Union:¹³³ Im Teil "*Grundsätze*" des AEUV unter dem Titel "*Arten und Bereiche der Zuständigkeit der Union*" bestimmt Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV, dass der EU für die "*Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln*"¹³⁴ ausschließliche Zuständigkeit zukommen soll. Dies korrespondiert mit dem Grundsatz der "*begrenzten Einzelermächtigung*" aus Art. 5 Abs.1 EUV (i.V.m. Art. 4 Abs. 1 EUV).

Aus Art. 2 Abs. 1 AEUV ergibt sich, dass diese Zuständigkeiten "nur" die Kompetenz, rechtsetzend tätig zu werden und verbindliche Rechtsakte zu erlassen umfasst, nicht aber die Durchführungszuständigkeit betrifft.¹³⁵

¹³³ Klamert, EuZW 2017, 131, 133.

¹³⁴ Der Normbestandteil "*für das Funktionieren des Binnenmarkts*" wird als Tatbestandsmerkmal verstanden (Terhechte in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 56. Ergänzungslieferung 2015, EUV Art. 3 Ziele der Union, Rn. 41), auch wenn dies die deutsche Fassung der Norm offen zu lassen scheint. Die französische ("*l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur*") und englische ("*the establishing of the competition rules necessary for the functioning of the internal market*") Fassung sind da deutlicher.

¹³⁵ Streinz in Streinz, EUV/AEUV, Art. 2 AEUV, Rn. 6.

Entsprechend der Kategorisierung in aus Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV erfolgt in den spezifischen „*Wettbewerbsregeln*“ des AEUV (Titel VII, Kapitel 1) die Kompetenzzuweisung und zwar in Art. 103 AEUV für das EU-Kartellrecht¹³⁶ und in Art. 109 (sowie Art. 108) AEUV für das Beihilfenrecht.¹³⁷ Als Gebiet einer unionsrechtlichen *Gesetzgebung* für das Kartellrecht wird auch die Festlegung des Verhältnisses *"zwischen den innerstaatlichen Rechtsvorschriften einerseits und den in diesem Abschnitt enthaltenen oder aufgrund dieses Artikels getroffenen Bestimmungen andererseits"* erwähnt (Art. 103 Abs. 2 lit. e AEUV). Mitgliedstaatliche Gerichte sind zwar nicht ausdrücklich benannt. Ebenso macht Art. 103 AEUV keine Vorgaben, wie das Verhältnis zwischen Europäischer Kommission und nationalen Gerichten aussehen soll.¹³⁸

Dennoch lässt sich aus dem Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 lit. e AEUV für das Unionskartellrecht durchaus eine Abgrenzungsbefugnis ableiten, die auch das Verhältnis von Europäischer Kommission und nationalen Gerichten mit erfassen kann: Die *"innerstaatlichen Rechtsvorschriften"* erfassen von ihrem Wortlaut her auch solche, die die Kompetenzen nationaler Gerichte regeln. Nach Art. 103 Abs. 2 lit. e AEUV kann deren Verhältnis zu Art. 101 bis 106 (*"Bestimmungen"* aus *"diesem Abschnitt"*) sowie zu *"Bestimmungen"*, die auf Grundlage von Art. 103 EUV *"getroffen"* wurden, geregelt werden. Jedenfalls sieht die Kompetenznorm des Art. 103 AEUV vor, dass die vom Rat zu erlassenden Verordnungen und / oder Richtlinien *"die Aufgaben der Kommission und des Gerichtshofs der Europäischen Union"* abgrenzen sollen (Art. 103 Abs. 2 lit. d AEUV). Dies macht – soweit hier von Interesse – deutlich, dass der Europäischen Kommission im Rahmen des Art. 101 bis 103 Aufgaben sekundärrechtlich zugewiesen werden können. Diese Zuweisungsbefugnis wird in der französischen und englischen Fassung (*"définir le rôle"*; *"to define the respective*

¹³⁶ In Art. 103 AEUV ist dem Rat die Kompetenz eingeräumt, die *"zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 101 und 102 niedergelegten Grundsätze ... auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments"* zu beschließen. Dabei sollen *"Geldbußen und Zwangsgeldern"* vorgesehen werden (Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV). Weiter sollen unter anderem *"die Einzelheiten der Anwendung des Artikels 101 Absatz 3"* festgelegt werden (Art. 103 Abs. 2 lit. b AEUV). Dabei sei *"dem Erfordernis einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle Rechnung zu tragen."*

¹³⁷ Durch Art. 109 AEUV wird dem Rat die Kompetenz zum Erlass von Durchführungsverordnungen zu Art. 107 und Art. 108 AEUV zugewiesen. Dabei wird der Rat *"auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments"* tätig. Er kann insoweit auch Arten von Beihilfen festlegen, die vom Genehmigungsverfahren des Art. 108 Abs. 3 AEUV ausgenommen sind.

¹³⁸ Allerdings legt Art. 105 Abs. 3 AEUV eine Ermächtigung für die Europäische Kommission an, Gruppenfreistellungsverordnungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zu erlassen.

functions") deutlicher als in der deutschen Fassung, wo nur von Abgrenzung der Aufgaben von Europäischer Kommission und *EuGH* die Rede ist. Die Gesetzgebungskompetenz im Unionskartellrecht beinhaltet damit auch die Kompetenz, die Vollzugskompetenzen zu ordnen.¹³⁹

(b) Durchführungszuständigkeit

Die Durchführungszuständigkeit liegt in der Systematik des AEUV im Grundsatz bei den Mitgliedstaaten (Art. 2 Abs. 1, zweiter HS, Art. 197 Abs. 1, Art. 291 Abs. 1, 2 AEUV), es sei denn, es liegt eine spezielle Kompetenzverteilungsregelung vor (Art. 2 Abs. 6 AEUV¹⁴⁰). Art. 291 Abs. 1 AEUV bestimmt damit heute den – vom *EuGH* schon früh anerkannten¹⁴¹ und aufrechterhaltenen¹⁴² – Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten,¹⁴³ der jedoch durch die Durchführungsregeln der Union und das Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip eingeschränkt ist,¹⁴⁴ wobei letzteres bedeutet, dass die Modalitäten des nationalen Rechts die Verwirklichung des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen und das nationale Verfahrensrecht ohne Diskriminierung *"im Vergleich zu den Verfahren, in denen über gleichartige rein nationale Streitigkeiten entschieden wird, angewandt werden"*

¹³⁹ Klamert, EuZW 2017, 131, 133f; ähnlich Ritter in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), AEUV Art. 103, Rn. 22.

¹⁴⁰ Der regelt, dass sich der *"Umfang der Zuständigkeiten der Union und die Einzelheiten ihrer Ausübung ... aus den Bestimmungen der Verträge zu den einzelnen Bereichen"* ergibt.

¹⁴¹ Galetta, EuR-Bei 2012, 37, 39, in Bezug auf *EuGH*, Urt. v. 4. April 1968 – 34/67, ECLI:EU:C:1968:24 – Firma Gebrüder Lück gegen Hauptzollamt Köln-Rheinau.

¹⁴² Brauneck, EWS 2017, 199, 203; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 4. Juli 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu gemeinsamen Mindeststandards des Zivilprozessrechts in der Europäischen Union (2015/2084(INL)) (im Folgenden *"Entschließung EP Mindeststandards"*), Erwägungsgrund A.

¹⁴³ Brohm, S. 101ff.

¹⁴⁴ Für viele: *EuGH*, Urt. v. 16. Dezember 1976 – 33/76, ECLI:EU:C:1976:188 – Rewe, Rn. 5; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 17. November 1993 – C-236/92, ECLI:EU:C:1993:893, Comitato di coordinamento per la difesa della cava u.a., Rn. 41ff; *EuGH*, Urt. v. 24. April 2008 – C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244 – Arcor AG & Co. KG gegen Bundesrepublik Deutschland, Rn. 170; *EuGH*, Urt. v. 6. Juni 2013 – C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366 – Donau Chemie, Rn. 25, 27; *EuGH*, Urt. v. 26. April 2017 – C-564/15, ECLI:EU:C:2017:302 – Farkas, Rn. 31,52; *EuGH*, Urt. v. 21. Juni 2017 – C-621/15, N. W u. a. gegen Sanofi Pasteur MSD SNC u.a., Rn. 25; vgl. zur Rezeption in der deutschen Rechtsprechung etwa *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 – Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 29ff.; *BVerwG*, Urt. v. 16. Dezember 2012, - 3 C 44/09 – Tierkörperbeseitigung, juris, Rn. 14; *BVerwG*, Urt. v. 6. April 2017 – 2 C 12/16 –, Rn. 54.

muss.¹⁴⁵ Dabei umfasst der Begriff nicht nur das Verfahrensrecht im engeren Sinne, sondern auch Rechtsinstitute wie die zur Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte oder die zur Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen.¹⁴⁶

Für die Frage der Durchführungszuständigkeit im Bereich des Unionswettbewerbsrechts ist (nach dem genannten Art. 2 Abs. 6 AEUV) zunächst auf die speziellen Kompetenzverteilungsregelungen abzustellen.¹⁴⁷ Für den hier betrachteten Bereich sind die primärrechtlichen Regelungen zum Wettbewerbsrecht im Titel VII, Kapitel 1 („*Wettbewerbsregeln*“) ab Art. 101 AEUV relevant.

2.3.2 Durchführungszuständigkeit der Europäischen Kommission

(a) Durchführungszuständigkeit der Europäischen Kommission im Kartellrecht

(i) Primärrecht

Art. 101 bis 105 (sowie Art. 106) AEUV enthalten die primärrechtlich-kartellrechtlichen Vorschriften. Dabei weisen die bereits oben dargestellten, zentralen materiellrechtlichen Regelungen in Art. 101 und Art. 102 AEUV der Europäischen Kommission (oder nationalen Behörden oder Gerichten) keine Kompetenzen zu deren Durchsetzung zu.

Art. 104, 105 AEUV weisen den Behörden der Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission Durchführungszuständigkeiten für das Unionskartellrecht zu. Art. 104 AEUV ist allerdings nur eine Übergangsvorschrift, die heute kaum noch Bedeutung hat, da der Rat – wie im Folgenden unter (ii) dargestellt – von seinen Kompetenzen nach Art. 103 AEUV weitgehend Gebrauch gemacht hat. Dadurch ist auch Art. 105 AEUV, der Kompetenzzuweisungen für die Europäische Kommission bezogen auf Art. 101 und 102 AEUV enthält, praktisch weitgehend irrelevant geworden. Allerdings ist diese Norm nicht als Übergangsvorschrift angelegt. Aus dieser Regelung ergeben sich weiterhin grundlegende kartellrechtliche

¹⁴⁵ v. Rintelen in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL 2016, AEUV Art. 291 Rn. 69ff. Vgl. zur indirekten Kollision, also der Kollision von Unions und nationalem Verfahrensrecht auch bereits oben 2.1.2 (ab Seite 11).

¹⁴⁶ EuGH, Urt. v. 3. September 2009 – C-2708, ECLI:EU:C:2009:506 – Amministrazione dell’Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate gegen Fallimento Olimpiclub Srl, Rn. 23ff; Galetta, EuR-Bei 2012, 37f.

¹⁴⁷ Streinz in Streinz, EUV/AEUV, Art. 2 AEUV, Rn. 17; Brauneck, EWS 2017, 199, 202.

Durchführungsbefugnisse der Europäischen Kommission wie die Überwachung und ggf. Ahndung unternehmerischen, wettbewerbswidrigen Handelns.¹⁴⁸

Eine Durchführungsbefugnis der Europäischen Kommission für Art. 106 AEUV ergibt sich aus Art. 106 Abs. 3 AEUV, in dem der Europäischen Kommission die Kompetenz übertragen wird, auf die Anwendung von Art. 106 AEUV zu achten und *"erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Beschlüsse an die Mitgliedstaaten"* zu richten.

(ii) Sekundärrecht

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat von der oben dargestellten Kompetenz Gebrauch gemacht, die Zuständigkeitsverteilung zu ordnen. Für die Rechtsentwicklung prägend war hier zunächst die VO 17, die im Bereich des Wettbewerbsverbots (heute Art. 101 AEUV) ein zentralisiertes System von Einzelgenehmigungen durch die Europäische Kommission vorsah.

Wichtigste sekundärrechtliche Quelle zur Durchsetzung des Kartellrechts ist heute die VO 1/2003,¹⁴⁹ die die VO 17 ablöste. Diese hat das Ziel einer wirksamen und einheitlichen Anwendung der Art. 101, 102 AEUV. Nach ihren Erwägungsgründen soll sie ein System schaffen, das *"gewährleistet, dass der Wettbewerb im Gemeinsamen Markt nicht verfälscht wird"*.¹⁵⁰

Im System der VO 1/2003 wird der Europäischen Kommission eine, wenn nicht die zentrale Stelle zur Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts zugewiesen, wobei ihr in Art. 7ff VO 1/2003 ein breites Bündel möglicher Maßnahmen zur Verfügung gestellt wird. Sie kann auf eine Beschwerde hin oder v.A.w. tätig werden und an Unternehmen

¹⁴⁸ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 19. September 2013 – verbundene Rechtssachen C-231/11 P bis C-233/11 P, ECLI:EU:C:2013:578 – Siemens, Rn. 51.

¹⁴⁹ Die VO 1/2003 enthält nach ihrem Titel Regelungen zur *"Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln"*. Die Verordnung ist seit ihrer Entstehung im Wesentlichen unverändert geblieben. Die Überführung der in Art. 81, 82 EG enthaltenen Wettbewerbsregelungen in Art. 101, 102 AEUV wurde im Regelungstext nicht nachvollzogen, ergibt sich aber aus Art. 5 Abs. 1 und 3 des Vertrages von Lissabon i.V.m. der Übereinstimmungstabelle in dessen Anhang (*Schmidt in Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 4, 25). In der folgenden Darstellung werden Bezüge der VO 1/2003 zu Art. 81, 82 EG durch Bezüge zu Art. 101, 102 AEUV ersetzt.

¹⁵⁰ Die Abgrenzung der Begrifflichkeiten des Gemeinsamen Marktes und des Binnenmarktes sind umstritten; seit dem Vertrag von Lissabon findet sich nur noch der Begriff des Binnenmarktes in den Verträgen (*Schröder in Streinz*, EUV/AEUV, Art. 26 AEUV, Rn. 19,20).

und Unternehmensvereinigungen Beschlüsse¹⁵¹ mit dem Ziel richten, Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 und 102 AEUV abzustellen. Die Europäische Kommission kann auch nachträglich Zuwiderhandlung feststellen und einstweilige Maßnahmen anordnen.¹⁵² Zudem kann sie nach Art. 23, 24 VO 1/2003 bei Verstößen gegen Art. 101 oder 102 AEUV, gegen ihre entsprechenden Beschlüsse oder gegen Verfahrensvorschriften der VO 1/2003 Buß- und Zwangsgelder auferlegen, auch im sog. Settlementverfahren. Weiter kann sie Verpflichtungszusagen von Unternehmen durch Entscheidung für diese für bindend erklären, wenn diese Zusagen durch die Unternehmen abgegeben werden, um wettbewerbsrechtliche Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen. Daneben kann die Europäische Kommission Beschlüsse "*deklaratorischer Art*" erlassen, mit denen "*die Nichtanwendung*" des in Art. 101 bzw. 102 AEUV "*verankerten Verbots festgestellt wird, um die Rechtslage zu klären und eine einheitliche Rechtsanwendung in der Gemeinschaft sicherzustellen*".¹⁵³ Weiter soll die Europäische Kommission das Recht haben, "*informelle Beratung*", insbesondere in Fällen ernsthafter Rechtsunsicherheit bei neuen oder ungelösten Fragen in Bezug auf die Wettbewerbsvorschriften der EU, "*zu leisten*",¹⁵⁴ was als Annex zu ihrer Vollzugszuständigkeit zu verstehen ist.

Darüber hinaus besteht – soweit sie vom Rat per Verordnung dazu ermächtigt ist (Art. 105 Abs. 3 AEUV)¹⁵⁵ – die Kompetenz der Europäischen Kommission, Art. 101 Abs. 3 AEUV durch "*Verordnung auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander*

¹⁵¹ Wichtigste Handlungsform für die Europäische Kommission als Verwaltungsbehörde ist der Beschluss als in allen Teilen verbindlicher Rechtsakt (Art. 288 Abs. 4 AEUV), der mit einem Verwaltungsakt deutschen Verwaltungsrechts vergleichbar ist. Die Verordnungen aus der Zeit vor dem AEUV (z.B. die VO 1/2003) verwendeten die Terminologie des EG, in dem in Art. 249 noch von "*Entscheidungen*" und noch nicht, wie in Art. 288 Abs. 4 AEUV, von "*Beschlüssen*" die Rede ist. Mit dem Übergang vom EG auf den AEUV wurden die (damals schon positiv normierten) "*Entscheidungen*" und die "*Beschlüsse*" (damals verstanden als Akte *sui generis*) unter dem einheitlichen Begriff "*Beschluss*" zusammengefasst (Ruffert in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 288, Rn. 85 bis 88; Geismann in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288, Rn. 56; Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL August 2014, AEUV Art. 288, Rn. 172ff.). Im Rahmen dieser Arbeit wurde die Terminologie der jeweiligen Norm verwendet, soweit aus dieser bzw. der entsprechenden Rechtsprechung oder Literatur zitiert wird. Für eigene Überlegungen wurde auf den Begriff des Beschlusses zurückgegriffen.

¹⁵² VO 1/2003, Erwägungsgrund (11).

¹⁵³ VO 1/2003, Erwägungsgrund (13), umgesetzt in Art. 10 VO 1/2003.

¹⁵⁴ VO 1/2003, Erwägungsgrund (38).

¹⁵⁵ Ausführlich zum gescheiterten Versuch der Europäischen Kommission eine zentrale Ermächtigung für den Erlass von GVOen zu erhalten Schütz in KöKo Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 29, Rn. 1ff.

abgestimmten Verhaltensweisen anzuwenden."¹⁵⁶ Von dem ihr vom Rat eingeräumten Verordnungsrecht hat die Europäische Kommission mehrfach Gebrauch gemacht. Die VO 1/2003 gibt der Europäischen Kommission ¹⁵⁷ die Befugnis, die Freistellungswirkung solcher Gruppenfreistellungsverordnungen ("GVOen") im Einzelfall wieder zu entziehen (Art. 29). Außerhalb der VO 1/2003 wurde die Europäische Kommission vom Rat nicht nur zum Erlass von GVOen ermächtigt, sondern auch zu deren Entzug im Verordnungswege.¹⁵⁸

(b) Durchführungszuständigkeit der Europäischen Kommission im Beihilfenrecht

(i) Primärrecht

In Art. 108 AEUV wird durch Abs. 1 der Europäischen Kommission die Kompetenz zur Überprüfung der Beihilfenregelungen in den Mitgliedstaaten eingeräumt. Sie hat zudem das Recht, den Mitgliedstaaten entsprechende Vorschläge zu machen. Art. 108 Abs. 2 AEUV weist ihr darüber hinaus die Kompetenz zu, gegenüber einem Mitgliedstaat die Aufhebung oder Umgestaltung einer Beihilfe anzuordnen, wenn diese *"mit dem Binnenmarkt nach Artikel 107 unvereinbar ist"* oder *"missbräuchlich angewandt wird"*.

Art. 108 Abs. 3 AEUV sieht vor, dass die Mitgliedstaaten beabsichtigte Beihilfen und Umgestaltungen von Beihilfen vorab bei der Europäischen Kommission notifizieren und deren Freigabe zur Umsetzung abwarten müssen. Insoweit wird der Europäischen Kommission in Art. 108 Abs. 4 AEUV die Kompetenz eingeräumt, *"Verordnungen zu den Arten von staatlichen Beihilfen"* zu *"erlassen, für die der Rat nach Artikel 109 festgelegt hat, dass sie von dem Verfahren nach Absatz 3 ausgenommen werden können"*.

Der *EuGH* hat dementsprechend auch festgestellt, insgesamt sei damit *"ausschließlich die Kommission, die dabei der Kontrolle des Gemeinschaftsrichters unterliegt, für die Beurteilung der Vereinbarkeit von Beihilfenmaßnahmen oder einer Beihilferegulung*

¹⁵⁶ VO 1/2003, Erwägungsgrund (10). Dort werden insbesondere die entsprechenden Kompetenzen der Europäischen Kommission *"aufgrund von Verordnungen des Rates wie 19/65/EWG, (EWG) Nr. 2821/71, (EWG) Nr. 3976/87, (EWG) Nr. 1534/91 oder (EWG) Nr. 479/92"* angesprochen und klargestellt, dass der Europäischen Kommission diese Befugnis weiter zukommen soll.

¹⁵⁷ Und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten.

¹⁵⁸ Bspw. Art. 1a der VO 19/65/EWG; Art. 6 VO 330/2010.

mit dem Gemeinsamen Markt zuständig".¹⁵⁹ Nach Art. 108 Abs. 2 UA 3 kommt daneben dem Rat die Möglichkeit zu, eine Beihilfe zu genehmigen, dies aber nur in außergewöhnlichen Fällen.¹⁶⁰

Soweit die Europäische Kommission eine Beihilfe prüft, kann sie in diesem Rahmen auch die Ausnahme des Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV prüfen und anwenden, denn grundsätzlich gelten auch im Bereich des Art. 106 Abs. 2 S. 1 die Regeln der Art. 107, 108 AEUV, es sei denn, eine Maßnahme unterfällt aufgrund der sog. Altmark-Kriterien von vornherein nicht dem Beihilfenrecht.¹⁶¹

(ii) Sekundärrecht

Für die Durchsetzung des Beihilfenrechts ist die VO 2015/1589 die zentrale Verordnung, die *"für Beihilfen in allen Sektoren"* gilt.¹⁶² Diese Verordnung löste mit dem 14. Oktober 2015 die VO 659/1999 ab, die ihrerseits zuvor im Rahmen des *"State Aid Modernisation"*-Projekt (SAM) durch die VO 734/2013 signifikant ergänzt worden war. Ziel der Verordnungen ist eine wirksame und einheitliche Anwendung des Art. 107 AEUV.¹⁶³

Die VO 2015/1589 setzt (wie ihre Vorgängerin) voraus,¹⁶⁴ dass schon nach dem Primärrecht (Art. 108 Abs. 3 AEUV) *"alle Vorhaben zur Gewährung neuer Beihilfen bei der Kommission angemeldet werden und [...] nicht durchgeführt werden"* dürfen, *"bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat."*¹⁶⁵ In Art. 3 VO 2015/1589¹⁶⁶ wird dementsprechend das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV aufgegriffen, indem klargestellt wird, dass anmeldepflichtige

¹⁵⁹ *EuGH*, Ur. v. 18. Juli 2007 – C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434 – Lucchini, Rn. 51f, 62.

¹⁶⁰ Vgl. bspw. *EuGH*, Ur. v. 4. Dezember 2013 – C-117/10, ECLI:EU:C:2013:786 – Europäische Kommission gegen Rat der Europäischen Union, Rn. 113ff.

¹⁶¹ Zu den Altmark-Kriterien unten näher ab Seite 59 (bei Fn. 281) sowie zu Art. 106 AEUV oben 2.2.2(e)(ii) (Seite 26).

¹⁶² VO 2015/1589, Erwägungsgrund (2), VO 659/1999, Erwägungsgrund (1).

¹⁶³ VO 2015/1589, Erwägungsgrund (3); VO 734/2013, Erwägungsgrund (1).

¹⁶⁴ VO 2015/1589, Erwägungsgrund (5), VO 659/1999, Erwägungsgrund (5).

¹⁶⁵ Die VO 659/1999 wurde noch unter dem EGV erlassen, weshalb sich die Erwägungsgründe noch auf Art. 93 EGV bezogen. Art. 93 EGV ist im hier relevanten Bereich gleichlautend mit Art. 108 AEUV; in Art. 108 Abs. 4 findet sich über Art. 93 EGV hinaus die Ermächtigung der Europäischen Kommission, GVOen nach Art. 109 Abs. 3 AEUV zu erlassen.

¹⁶⁶ Weitgehend übereinstimmend Art. 3 VO 659/1999.

Beihilfen nicht eingeführt werden dürfen, bevor die Europäische Kommission eine diesbezügliche Genehmigungsentscheidung erlassen hat oder die Beihilfe als genehmigt gilt.

Die VO 2015/1588 (zuvor: VO 994/98) ermächtigt die Europäischen Kommission, Gruppenfreistellungsverordnungen ("GVOen") zu erlassen. Mit diesen GVOen kann die Europäische Kommission bestimmte Kategorien von Beihilfen von vorneherein freistellen. Von dieser Ermächtigung hat die Europäische Kommission umfangreich Gebrauch gemacht. Als besonders wichtige,¹⁶⁷ mit dem "State Aid Modernisation"-Projekt (SAM) eingeführte GVO ist die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) zu nennen.¹⁶⁸

(c) Durchführungszuständigkeit der Europäischen Kommission im Fusionskontrollrecht

Die FKVO legt die Zuständigkeit für ihre Durchführung im Wesentlichen in die Hände der Europäischen Kommission. Nach Erwägungsgrund (17) "ist" der Europäischen Kommission "vorbehaltlich der Nachprüfung ihrer Entscheidungen durch den Gerichtshof die ausschließliche Zuständigkeit für die Anwendung" der FKVO zu übertragen. Nach Erwägungsgrund (33) "ist" der Europäischen Kommission "die Aufgabe zu übertragen",¹⁶⁹ "alle Entscheidungen über die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit der Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung mit dem Gemeinsamen Markt sowie Entscheidungen, die der Wiederherstellung des Zustands vor dem Vollzug eines für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärten Zusammenschlusses dienen, zu treffen." Entsprechend stellt Art. 21 Abs. 2, 3 FKVO klar, dass "Vorbehaltlich der Nachprüfung durch den Gerichtshof" ausschließlich die

¹⁶⁷ Soltész, NJW 2014, 3128, 3130.

¹⁶⁸ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Art. AEUV Artikel 107 und AEUV Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 187 v. 26. Juni 2014, S. 1, geändert durch die Verordnung (EU) 2017/1084 der Kommission vom 14. Juni 2017 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 in Bezug auf Beihilfen für Hafen- und Flughafeninfrastrukturen, in Bezug auf Anmeldeschwellen für Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes und für Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen sowie in Bezug auf regionale Betriebsbeihilferegeln für Gebiete in äußerster Randlage und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 702/2014 in Bezug auf die Berechnung der beihilfefähigen Kosten; ABl. L 156 v. 20. Juni 2017, S. 1. Vgl. zur Bedeutung der AGVO auch o. Fn. 7 (Seite 2) sowie Soltész, EuZW 2018, 60, 64f.

¹⁶⁹ "devrait être chargée"; "should have the task".

Europäische Kommission dafür zuständig ist, die in der FKVO vorgesehenen Entscheidungen zu erlassen.

Dagegen sollten *"Unternehmenszusammenschlüsse, die nicht im Anwendungsbereich dieser Verordnung liegen, ... grundsätzlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten"* fallen.¹⁷⁰ Zudem kann die Europäischen Kommission nach Art 4 Abs. 4, Art. 9 FKVO unter bestimmten Voraussetzungen einen entsprechenden Zusammenschluss (ganz oder zum Teil) dem Anwendungsbereich des Fusionskontrollrechts eines relevanten Mitgliedstaats unterstellen und damit ihre Kompetenz aufgeben.

Eine ausdrückliche Zuweisung einer Zuständigkeit der Europäischen Kommission für die Anwendung von Art. 7 Abs. 4 FKVO ist nicht ersichtlich. Die Wirksamkeit wird im Art. 7 Abs. 4 FKVO grundsätzlich von einer (Freigabe-) Entscheidung der Europäischen Kommission abhängig gemacht, der – wie oben beschrieben – nach Art. 21 Abs. 2 FKVO hierfür die alleinige Zuständigkeit zukommen soll. Für die Feststellung der Nichtigkeit nach Art. 7 Abs. 4 FKVO ist im Text der FKVO kein Verfahren vorgesehen.

2.3.3 Durchführungszuständigkeit der Mitgliedstaaten, insbesondere der Gerichte der Mitgliedstaaten

(a) Einführung

Das Zusammentreffen paralleler Zuständigkeiten von Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten ist nur möglich, wenn nicht nur der Europäischen Kommission, sondern auch den Mitgliedstaaten Durchführungszuständigkeiten zugewiesen sind und in diesen auch die Zivilgerichte insoweit tätig werden dürfen. Letzteres ist aus der Perspektive des Gemeinschafts-/Unionsrechts als supranational gesetztem Recht keine Selbstverständlichkeit. Daher soll im Folgenden zunächst kurz dargestellt werden, worauf die Zuständigkeit nationaler Gerichte zur Anwendung von EU-Recht grundsätzlich beruht. Danach wird – bezogen auf das EU-Kartellrecht, das Beihilfenrecht sowie das EU-Fusionskontrollrecht – auf die Durchführungszuständigkeiten der Mitgliedstaaten (mit besonderem Fokus auf die nationalen Gerichte) eingegangen.

¹⁷⁰ FKVO, Erwägungsgrund (8).

(b) Befugnis nationaler Gerichte zur Anwendung und Auslegung von EU-Recht

(i) Befugnis

Aus Sicht des deutschen Prozessrechts sind die im kontradiktorischen Zivilverfahren mit öffentlichem Recht konfrontierten Gerichte grundsätzlich befugt, entsprechende Fragen selbständig zu beantworten.¹⁷¹ Dies entspricht § 17 Abs. 2 GVG, wonach das jeweils zuständige Gericht einen Rechtsstreit unter "*allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten*" entscheidet. Dies erfasst auch das Unionsrecht.

Bereits der EWGV sah in Art. 177 die Möglichkeit vor, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten dem *EuGH* Fragen über die "*Auslegung der Verträge*" sowie die "*Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Gemeinschaft*" zur Entscheidung vorlegen (können). Diese Regelung war in allen folgenden Vertragswerken enthalten und findet sich nahezu unverändert nun in Art. 267 AEUV.

Obwohl damit nahe lag, dass sich die nationalen Gerichte mit Gemeinschaftsrecht befassen können sollen, wurde dennoch zunächst in Frage gestellt, ob diesen tatsächlich eine Befugnis zur Anwendung dieses Rechts zukommen kann. Daher kam es 1963 zu dem Verfahren *Van Gend en Loos*, in welchem der *EuGH* diese Befugnis bejahte und dabei wesentlich auch auf Art. 177 EWGV abstellte.¹⁷² Insoweit sah es der *EuGH* nicht als ausreichend an, dass sich (nur) die Europäische Kommission oder die Mitgliedstaaten bei Zweifeln der Rechtmäßigkeit an den *EuGH* wenden könnten (Art. 169, 170 EWGV). Der "*unmittelbare gerichtliche Schutz der individuellen Rechte der Einzelnen*" sei so ausgeschlossen. "*Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen*" stelle "*eine wirksame Kontrolle dar, welche die durch die Kommission und die Mitgliedstaaten gemäß den Artikeln 169 und 170 ausgeübte Kontrolle*" ergänze.¹⁷³ Unmittelbar anwendbare Vorschriften des Gemeinschaftsrechts seien mithin von den nationalen Gerichten zu beachten.¹⁷⁴

Später leitete der *EuGH* aus dem "*gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechtsschutz*" das Recht der Bürger ab, die Rechtmäßigkeit gemeinschaftsrechtlicher

¹⁷¹ *BGH*, Beschl. v. 2. Dezember 2010 – IX ZB 271/09 - juris, Rn. 5.

¹⁷² *EuGH*, Urt. v. 5. Februar 1963 – 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – Van Gend en Loos.

¹⁷³ Vgl. dazu *Weiler* in *EuGH*, 50ème Anniversaire de L'Arret Van Gend den Loos, S. 11, 14f.

¹⁷⁴ Ähnlich *EuGH*, Urt. v. 15. Juli 1964 – 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – Costa / Enel.

Verordnungen vor dem nationalen Gericht inzident zu bestreiten und damit die Befassung des *EuGH* mittels gerichtlicher Vorlagefragen gem. Art. 177 EWGV (heute Art. 267 AEUV) zu veranlassen.¹⁷⁵ Auch aus dem Loyalitätsgebot hat der *EuGH* die Pflicht der nationalen Gerichte abgeleitet, unmittelbar anwendbares EU-Recht zum Schutz des Einzelnen anzuwenden.¹⁷⁶ Aus der Rechtsprechung des *EuGH* lässt sich zudem ablesen, dass die Anwendung der Unionsvorschriften durch die nationalen Gerichte auch deren Auslegung durch die nationalen Gerichte impliziert.¹⁷⁷

Der *EuGH* hat bei der Entwicklung seiner Rechtsprechung richtig erkannt, dass nicht nur Art. 177 EWGV eine Kompetenz der nationalen Gerichte zur Anwendung (und Auslegung) des Gemeinschaftsrechts voraussetzt, sondern diese auch wegen dessen unmittelbarer Anwendbarkeit impliziert. Ausgehend von den Urteilen *Van Gend en Loos* und *Brasserie de Haecht* war für den *EuGH* daher auch die unmittelbare Anwendbarkeit von EWG-Recht wesentlicher Anknüpfungspunkt für die Kompetenz der nationalen Gerichte.¹⁷⁸ Beispielhaft ist auf die Sache *Manfredi*¹⁷⁹ zu verweisen. Hier nahm der *EuGH* sogar an, dass die Art. 81 und 82 EG (heute Art. 101 und 102 AEUV) "der öffentlichen Ordnung zuzurechnen sind und von den nationalen Gerichten v.A.w. angewandt werden müssen". Für Verordnungen hat er – mit Verweis auf den Vorrang des EU-Rechts – entschieden, dass "der einzelne vor den nationalen Gerichten seine Rechte aus" diesen "geltend machen kann".¹⁸⁰ Zusätzlich – etwa im Zusammenhang mit dem gemeinschaftsrechtlichen Haftungsanspruch – war für den *EuGH* auch die

¹⁷⁵ *EuGH*, Urt. v. 21. Februar 1991 – Verbundene Rechtssachen C-143/88 und C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65 - Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Rn. 16ff.

¹⁷⁶ Exemplarisch für viele: *EuGH*, Urt. v. 16. Dezember 1976 – 33/76, ECLI:EU:C:1976:188 – Rewe, Rn. 5; *EuGH*, Urt. v. 6. Juni 2013 – C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366 - Donau Chemie, Rn. 22; *Klamert*, S. 14.

¹⁷⁷ Über deren Einheitlichkeit der *EuGH* wacht, *EuGH*, Urt. v. 5. Februar 1963 – 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – Van Gend en Loos, S. 25; dazu sogleich im Folgenden unter (ii) (ab Seite 42).

¹⁷⁸ Für viele: *EuGH*, Urt. v. 5. Februar 1963 – 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – Van Gend en Loos; *EuGH*, Urt. v. 6. Februar 1973 – 48/72, ECLI:EU:C:1973:11 – Brasserie de Haecht, Rn. 3/5. Ebenso *EuGH*, Urt. v. 11. Dezember 1973 – 120/73, ECLI:EU:C:1973:152 – Lorenz, Rn. 9; *EuGH*, Urt. v. 30. Januar 1974 – 127/73, ECLI:EU:C:1974:6 - BRT-I, Rn. 15/17; *EuGH*, Urt. v. 14. Dezember 1995 – Verbundene Rechtssachen C-430/93 und C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 - van Schijndel, Rn. 13; *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – SFEI, Rn. 39.

¹⁷⁹ *EuGH*, Urt. v. 13. Juli 2006 – verbundene Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 – Manfredi, Rn. 31.

¹⁸⁰ *EuGH*, Urt. v. 7. Juli 1981 – 158/80, ECLI:EU:C:1981:163 – Rewe/Hauptzollamt Kiel, Rn. 41f.

Effektivität des Rechtsschutzes ein wichtiger Aspekt, um die Zuständigkeit der nationalen Gerichte anzunehmen.¹⁸¹

Insgesamt ist der Rechtsschutzauftrag der nationalen Gerichte um den Schutz der Rechte der Bürger, die sich aus dem unmittelbar anwendbaren EU-Recht ergeben, erweitert.¹⁸² Sie agieren so letztlich als "*funktionale Unionsgerichte*".¹⁸³ Für den *EuGH* ist allerdings der Schwerpunkt der Zielrichtungen von Europäischer Kommission und Zivilgerichten unterschiedlich. Die Europäische Kommission wird danach "*im öffentlichen Interesse tätig*" während das Zivilgericht "*die subjektiven Rechte von Privatpersonen in ihren wechselseitigen Beziehungen zu wahren hat*".¹⁸⁴

Mittlerweile ist die Gewährung von Rechtsschutz bezogen auf das Unionsrecht durch mitgliedstaatliche Gerichte ausdrücklich Auftrag der Mitgliedstaaten (Art. 19 Abs. 1, S. 2 EUV).¹⁸⁵ Ein allgemeingültiges Verfahrensrecht für die Gerichte zur Anwendung von EU-Recht ist allerdings nicht vorgesehen. Soweit Lücken bestehen, sind nach der Rechtsprechung des *EuGH* die nationalen Regelungen heranzuziehen, die allerdings dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz entsprechen müssen;¹⁸⁶ im Fall der indirekten Kollision ist der Vorrang des EU-Rechts zu beachten.¹⁸⁷ Für das Unionskartellrecht hat der *EuGH* unlängst gar ausgesprochen, dass sich der Effektivitätsgrundsatz nicht nur auf die Beweislast (Art. 2 VO 1/2003), sondern auch das Beweismaß auswirken kann, welches ein Gericht zugrundelegen hat.¹⁸⁸

¹⁸¹ *EuGH*, Urt. v. 5. März 1996 – Verbundene Rechtssachen C-46/93 und C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 - Brasserie du Pêcheur, Rn. 25, 95; *EuGH*, Urt. v. 8. Oktober 1996 – verbundene Rechtssachen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, ECLI:EU:C:1996:375 – Dillenkofer, Rn. 28.

¹⁸² *Dörr* in *Sodan/Ziekow*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 209ff.

¹⁸³ *Calliess/Kahl/Puttler* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. A., EUV Art. 4 Rn. 80; *Weiß* in *Niedobitek*, Europarecht – Grundlagen der Union, § 5 Rn. 32.

¹⁸⁴ *EuG*, Urt. v. 18. September 1992 – T-24/90, ECLI:EU:T:1992:97 – Automec, Rn. 85; vgl. zum Interesse der Gemeinschaft (öffentlichen Interesse) im Rahmen des Art. 86 EGV *EuGH*, Urt. v. 4. März 1999 – C-119/97 P, ECLI:EU:C:1999:116 – SFEI/DHL/CRIE, Rn. 88 bis 96; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 19. September 2013 – verbundene Rechtssachen C-231/11 P bis C-233/11 P, ECLI:EU:C:2013:578 – Siemens, Rn. 62.

¹⁸⁵ *EuGH*, Beschl. v. 10. Oktober 2017 – C-640/16 P, ECLI:EU:C:2017:752 – Greenpeace Energy eG, Rn. 63.

¹⁸⁶ S.o. die in Fn. 144 (Seite 31) zitierte Rspr.

¹⁸⁷ S.o. 2.1.2 (ab Seite 11) a.E.

¹⁸⁸ *EuGH*, Urt. v. 21. Januar 2016 – C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – Eturas u.a., Rn. 27ff; vgl. dazu Erwägungsgrund (5) VO 1/2003, wonach diese Verordnung das Beweismaß gerade nicht regelt.

(ii) Abgrenzung zum Kompetenzbereich des *EuGH*

Die Auslegung des Primärrechts sowie die Entscheidung über Gültigkeit und Auslegung von nachgeordnetem EU-Recht (Art. 288 AEUV) obliegt nach Art. 267 AEUV (Vorabentscheidungsverfahren) dem *EuGH*.

Dieser hatte bereits auf der Grundlage der Vorgängerregelung Art. 177 EWGV i.V.m. Art. 189 EWGV (heute Art. 267, 288 AEUV), beginnend mit der *Foto-Frost*-Entscheidung¹⁸⁹ die Sichtweise etabliert, dass den nationalen Gerichten nicht die Kompetenz zukomme, die *Ungültigkeit* von Entscheidungen und Beschlüssen der Organe der Gemeinschaft/Union, insbesondere der Europäischen Kommission, festzustellen. Insoweit kann das nationale Gericht jedoch die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit eines Beschlusses der Europäischen Kommission mittels einer Vorlage beim *EuGH* nach Art. 267 AEUV in Frage stellen¹⁹⁰. Die Begründung des *EuGH* für das Verbot der selbständigen Feststellung der Ungültigkeit durch die nationalen Gerichte ist die Einheit der Gemeinschafts-/Unionsrechtsordnung.

Dennoch ist das Entscheidungsmonopol des *EuGH* nach seiner Auffassung nur asymmetrisch. Denn die nationalen Gerichte sind nach seiner Rechtsprechung befugt, die *Gültigkeit* einer Gemeinschaftshandlung zu prüfen und ohne Vorlage beim *EuGH* durchzuentscheiden, wenn sie sie bejahen.¹⁹¹

Zudem macht der *EuGH* unter engen Voraussetzungen Ausnahmen für den einstweiligen Rechtsschutz.¹⁹² Dies setzt zunächst voraus, dass schwerer, nicht wieder

¹⁸⁹ *EuGH*, Urt. v. 22. Oktober 1987 – 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 - Foto-Frost, Rn. 12ff; ebenso *EuGH*, Urt. v. 25. Juli 2002 – C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462 - Unión de Pequeños Agricultores, Rn. 39f; *EuGH*, Urt. v. 10. Januar 2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 - The Queen, auf Antrag von International Air Transport, Rn. 27, 30, 32; *EuGH*, Urt. v. 18. Juli 2007 – C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434 – Lucchini, Rn. 53; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 26. Juni 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:388 – EG/Otis, Rn. 49; *EuGH*, Urt. v. 6. November 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 – EG/Otis, Rn. 53. Zur Rezeption der *Foto-Frost*-Rechtsprechung in der Literatur vgl. Imgrund, S. 32ff.

¹⁹⁰ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 26. Juni 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:388 – EG/Otis, Rn. 50, wonach ein Beschluss der Europäischen Kommission bei der Anwendung von Art. 101 AEUV wegen ihres Ermessensspielraums nur begrenzt EU-gerichtlich überprüfbar ist.

¹⁹¹ *EuGH*, Urt. v. 22. Oktober 1987 – 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 - Foto-Frost, Rn. 14; *EuGH*, Urt. v. 10. Januar 2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 - The Queen, auf Antrag von International Air Transport, Rn. 28f; bestätigend auch *EuGH*, Urt. v. 18. Juli 2007 – C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434 – Lucchini, Rn. 53.

¹⁹² Bereits in *EuGH*, Urt. v. 22. Oktober 1987 – 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 - Foto-Frost, Rn. 19, hatte der *EuGH* erwogen ob "Abweichungen von der Regel, nach der die nationalen Gerichte nicht befugt sind, selbst die Ungültigkeit von Gemeinschaftshandlungen festzustellen, unter bestimmten Umständen im Falle eines Verfahrens der einstweiligen Anordnung geboten sein können". Er entschied insoweit aber nicht abschließend.

gutzumachender Schaden droht und das Unionsinteresse angemessen berücksichtigt wird.¹⁹³ Zudem sind erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der betroffenen Handlung (eines Organs) der EU erforderlich; dies kann sich auch auf EU-Sekundärrecht beziehen,¹⁹⁴ auch auf Beschlüsse der Europäischen Kommission.¹⁹⁵ Für den *EuGH* ist allerdings wichtig, dass die nationalen Gerichte hierzu die bereits bestehende EU-Rechtsprechung in den Blick nehmen.¹⁹⁶ Damit ist es nicht ausgeschlossen, dass sich ein nationales Gericht – wenn es bei Zweifeln an der Gültigkeit eines Beschlusses der Europäischen Kommission eine Vorlage zum *EuGH* nach Art. 267 AEUV unternimmt¹⁹⁷ – den Beschluss der Europäischen Kommission zunächst nicht anwendet.¹⁹⁸

Zu erwähnen ist, dass nationale Gerichte und Behörden auch die Unterstützung von Verfahrensmaßnahmen der Europäischen Kommission, z.B. von Nachprüfungsmaßnahmen verweigern können, wenn nicht deren Rechtmäßigkeit, sondern die Verhältnismäßigkeit in Frage steht.¹⁹⁹ Allerdings ist auch hier der Unionsrichter einzuschalten.²⁰⁰

¹⁹³ *EuGH*, Urte. v. 21. Februar 1991 – Verbundene Rechtssachen C-143/88 und C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65 - Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Rn. 33; *EuGH*, Urte. v. 9. November 1995 – C-465/93, ECLI:EU:C:1995:369 - Atlanta Fruchthandelsgesellschaft, Rn. 20ff mit umfangreichen Überlegungen, wie der vorläufige Rechtsschutz zu gewähren ist, insbesondere Rn. 32, 39, 46; *EuGH*, Urte. v. 22. Dezember 2010 – C-304/09, ECLI:EU:C:2010:812 - Europäische Kommission/Italienische Republik, Rn. 45ff.

¹⁹⁴ *EuGH*, Urte. v. 21. Februar 1991 – Verbundene Rechtssachen C-143/88 und C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65 - Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Rn. 33; *EuGH*, Urte. v. 9. November 1995 – C-465/93, ECLI:EU:C:1995:369 - Atlanta Fruchthandelsgesellschaft, Rn. 20ff, 32, 39, 46.

¹⁹⁵ *EuGH*, Urte. v. 22. Dezember 2010 – C-304/09, ECLI:EU:C:2010:812 - Europäische Kommission/Italienische Republik, Rn. 45ff, bezogen auf eine beihilfenrechtliche Entscheidung der Europäischen Kommission.

¹⁹⁶ *EuGH*, Urte. v. 22. Dezember 2010 – C-304/09, ECLI:EU:C:2010:812 – Europäische Kommission/Italienische Republik, Rn. 45; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 13. Februar 2014 – C-527/12, ECLI:EU:C:2014:90 – Kommission/Deutschland, Rn. 91, 120; *EuGH*, Urte. v. 11. September 2014 – C-527/12, ECLI:EU:C:2014:2193 – Kommission/Deutschland, Rn. 57.

¹⁹⁷ Oder das Ergebnis einer anderweitigen Befassung des *EuGH* in gleicher Sache abwartet.

¹⁹⁸ *Quigley*, S. 641f.

¹⁹⁹ So können die zur Unterstützung der Europäischen Kommission aufgerufenen Behörden oder die entsprechenden Gerichte nicht nur die Echtheit des Nachprüfungsbeschlusses prüfen, sondern auch, ob die beabsichtigten Zwangsmaßnahmen willkürlich oder, gemessen am Gegenstand der Nachprüfung, unverhältnismäßig sind (*EuGH*, Urte. v. 21. September 1989 – verbundene Rechtssachen 46/87 und 227/88, ECLI:EU:C:1989:337 – Hoechst, Rn. 35 bezogen auf die VO 17).

²⁰⁰ *EuGH*, Urte. v. 22. Oktober 2002 – C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603 – Roquette, Rn. 39ff.

Nach Art. 267 AEUV wacht der *EuGH* auch über die Einheitlichkeit der *Auslegung* des Unionsrechts,²⁰¹ was heute auch in Art. 19 EUV angelegt ist. Nationale Gerichte können bzw. – im Fall von letztinstanzlichen Gerichten – müssen dem *EuGH* Auslegungsfragen vorlegen, es sei denn, die Auslegungsfrage ist als sog. "*acte claire*" auch ohne Vorlage beim *EuGH* eindeutig zu beantworten oder wurde vom *EuGH* bereits anderweitig beantwortet ("*acte éclairé*").²⁰² Da allerdings die EU-Rechtsanwendung, auch die in den Grenzen des Art. 267 AEUV, von den Gerichten eine eigene Auslegungsarbeit am EU-Recht verlangt, besteht faktisch kein echtes Auslegungsmonopol des *EuGH*, insbesondere was die unterinstanzlichen Gerichte angeht, für die keine Vorlagepflicht besteht.²⁰³

Aufgrund der Verankerung der nationalen Gerichte in ihre mitgliedstaatliche Rechtsordnung mag das Verhältnis der EU-Rechtsanwendung auf EU-Ebene auf der einen und durch die mitgliedstaatlichen Gerichte auf der anderen Seite zwar "*nicht von offenen Konflikten geprägt*" sein, "*Reibungsphänomene*" wie die "*Betonung vorrangfester Verfassungsbestände (Grundrechte, Verfassungsidentität)*" sowie die "*eigenständige Auslegung von Unionsrecht durch mitgliedstaatliche Gerichte (Kompetenzreichweite)*" gibt es aber allemal.²⁰⁴ *Kruis*²⁰⁵ hat das Vorgehen (ausgewählter) nationaler Gerichte bei Anwendung und Auslegung des Unionsrechts untersucht und kommt zu dem Ergebnis eines "*Konstruktionsfehlers*".²⁰⁶ Problematisch erscheint ihm vor allem, dass die Untergerichte zu Entscheidungen über das EU-Recht kommen können, bevor der *EuGH* entscheidet, was zu einer "*Rechtszersplitterung*"

²⁰¹ *EuGH*, Ur. v. 5. Februar 1963 – 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – Van Gend en Loos, S. 25

²⁰² *EuGH*, Ur. v. 6. Oktober 1982 – 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 – Srl CILFIT und Lanificio di Gavardo SpA gegen Ministero della Sanità.

²⁰³ *Kruis*, S. 146ff, 200. Bezogen auf die Frage der vorrangigen Anwendung des EU-Rechts sieht *Kruis* eine doppelte Kompetenz der nationalen Gerichte, zunächst die Entscheidung, ob ein Konflikt zwischen EU- und nationalem Recht vorliegt, und dann die Entscheidung, ob nationales Recht unangewendet bleibt. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass auch nach deutschem Verfassungsrecht bei deutschen Gerichten ein nicht unerheblicher Spielraum besteht, ob sie nach Art. 267 AEUV vorlegen müssen; ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wird hier nur dann gesehen, wenn die Würdigung nach Art. 267 AEUV "*nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist*"; BVerfG, Beschl. v. 13. Juni 2016 – 2 BvR 2894/14, ECLI:DE:BVerfG:2016:rk20160613.2bvr289414 – juris.

²⁰⁴ Mayer in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL 2016, EUV Art. 19 Rn. 104, bezogen auf das Verhältnis von *EuGH* zu den obersten Gerichten der Mitgliedstaaten.

²⁰⁵ *Kruis*, S. 145ff, 480ff.

²⁰⁶ *Kruis*, S. 459ff.

führen könne.²⁰⁷ Diese Problematik lässt sich nicht nur in der Zusammenarbeit der nationalen Gerichte mit dem *EuGH* beobachten (die etwa *Kruis*, *Bartels*²⁰⁸ und *Imgrund*²⁰⁹ untersucht haben), sondern auch in der Parallelität von Beschlüssen der Europäischen Kommission und Entscheidungen der nationalen Zivilgerichte, welche im Rahmen dieser Arbeit untersucht wird.

(c) Durchführungszuständigkeit nationaler Gerichte im Kartellrecht

(i) Entwicklung der Rechtsprechung zum Primärrecht zur Zeit der VO 17

Die VO 17 hatte im Bereich des Wettbewerbsverbots (heute Art. 101 AEUV) ein zentralisiertes System von Einzelgenehmigungen durch die Europäische Kommission vorgesehen. Sie wies auch den Behörden der Mitgliedstaaten Aufgaben zu, erwähnte dagegen nicht die nationalen Gerichte. Allerdings galten bereits unter dem Regime der VO 17 die nationalen Gerichte als zur Anwendung von Art. 86, 85 Abs. 1 und 2 EWGV (später Art. 82 sowie von Art. 81 Abs. 1 und 2 EG, entspricht heute Art. 102 bzw. Art. 101 Abs. 1 und 2 AEUV), aber eben nicht von Absatz 3 von Art. 85 EWGV (Art. 81 EG, heute Art. 101 AEUV) befugt,²¹⁰ wobei bei der Genese der VO 17 die – im damaligen Gesetzgebungsvorgang sogar aufgeworfene – Frage der Vermeidung

²⁰⁷ *Kruis* bezieht sich dabei im Wesentlichen auf die Nichtanwendung nationalen Rechts aufgrund des Vorrangs von EU-Recht. Das gleiche Problem ergibt sich aber auch bei der Auslegung unmittelbar anwendbaren Unionsrechts, auch wenn es nicht zu einer Kollision mit nationalem Recht kommt. Letztlich identifiziert auch *Kruis* (S. 462), dass nicht (nur) die Entscheidung über den Vorrang, sondern (auch) die Auslegung des EU-Rechts durch die nationalen Gerichte oft nicht unproblematisch erscheint.

²⁰⁸ *Bartels*, S. 137ff, 148ff, 151ff.

²⁰⁹ *Imgrund*, S. 167ff.

²¹⁰ *EuGH*, Urt. v. 6. Februar 1973 – 48/72, ECLI:EU:C:1973:11 – *Brasserie de Haecht*, Rn. 3/4 ("*Gerichte wegen der unmittelbaren Geltung von Artikel 85 Absatz 2 befugt ..., die Nichtigkeit verbotener Vereinbarungen und Beschlüsse festzustellen*"); bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 20. September 2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – *Courage*, Rn. 22. Vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 30. Januar 1974 – 127/73, ECLI:EU:C:1974:6 – *BRT-I*, Rn. 15/17; hier betont der *EuGH* (auch vor dem Hintergrund der damals noch bestehenden VO 17) die "*unmittelbare Wirkungen*" des Verbots des Art. 85 Abs. 1 EWGV "*in den Beziehungen zwischen einzelnen*", welche "*unmittelbar in deren Person Rechte entstehen*" lassen "*welche die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben.*" Ebenso *EuGH*, Urt. v. 12. Dezember 1995 – Verbundene Rechtssachen C-319/93, C-40/94 und C-224/94, ECLI:EU:C:1995:433 – *Dijkstra / Friesland*, Rn. 26; *EuGH*, Urt. v. 18. März 1997 – C-282/95, ECLI:EU:C:1997:159 – *Guérin automobiles*, Rn. 39; *EuGH*, Urt. v. 20. September 2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – *Courage*, Rn. 23; *EuGH*, Urt. v. 13. Juli 2006 – verbundene Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 – *Manfredi*, Rn. 39, 57 bis 59.

widersprüchlicher Entscheidungen offengelassen und der "*späteren Praxis*" überlassen wurde.²¹¹

Zudem wurde bereits früh ein Bedürfnis gesehen, nach nationalen Gerichten und Behörden zu unterscheiden.²¹² So hatte der *EuGH* die Unterscheidung für die (vorläufigen) primärrechtlichen Kompetenzzuweisungen des Art. 88 EWGV (heute im Wesentlichen Art. 104 AEUV) klargestellt, indem er bei dem Begriff der "*Behörden der Mitgliedstaaten*" zwischen den tatsächlichen nationalen Behörden (und Gerichten mit behördlicher Funktion) und den nationalen Gerichten (im engeren Sinne) unterschied.²¹³ Bereits in der Entscheidung *BRT-I*²¹⁴ entschied der *EuGH* auch vor dem Hintergrund der Regelung des VO 17; diese sah vor, dass mit Verfahrenseinleitung durch die Europäische Kommission die Zuständigkeit der Behörden der Mitgliedstaaten verloren ging.²¹⁵ Der *EuGH* argumentierte mit der unmittelbaren Geltung des Art. 85 EWGV (damals nur Abs. 1; heute Art. 101 Abs. 1 AEUV) und des Art. 86 EWGV (heute Art. 102 AEUV). Da durch diese Vorschriften Rechte entstünden, "*welche die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben*", sei es nicht möglich, sekundärrechtlich "*diesen Gerichten die Zuständigkeit hierzu unter Berufung auf*" die VO 17 "*abzusprechen*" da dies bedeuten würde, "*daß den einzelnen Rechte genommen würden, die ihnen aufgrund des Vertrages selbst zustehen.*" Die Europäische Kommission teile sich "*insoweit die Befugnis zur Anwendung dieser Bestimmungen mit den nationalen Gerichten*".²¹⁶ Dies entsprach der damaligen Tendenz des *EuGH*, die Befugnis der

²¹¹ Bartels, S. 24, 32.

²¹² Probleme ergaben sich hier oft durch das teils angenommene Verständnis, dass eine Anmeldung bei der Europäischen Kommission den nationalen Gerichten über Art. 9 Abs. 3 VO 17 die Zuständigkeit entzog und sich die zivilrechtlich Beklagten damit oft ins langwierige Kommissionsverfahren flüchteten; *Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, VO 1/2003*, Art. 16, Rn. 2; ausführlich zu der Entwicklung, dass nationale Gerichte zunehmend nicht mehr als "*Behörden*" angesehen wurden, um dieses Problem zu umgehen, *Bartels*, S. 56ff.

²¹³ Für Strafgerichte: *EuGH*, Urt. v. 30. April 1986 – verbundene Rechtssachen 209 bis 213/84, ECLI:EU:C:1986:188 – *Asjes*, 55, 56.

²¹⁴ *EuGH*, Urt. v. 30. Januar 1974 – 127/73, ECLI:EU:C:1974:6 – *BRT-I*, Rn. 12ff.

²¹⁵ Diese Regelung findet sich vergleichbar in Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003: "*Leitet die Kommission ein Verfahren zum Erlass einer Entscheidung nach Kapitel III ein, so entfällt damit die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten für die Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags. Ist eine Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats in einem Fall bereits tätig, so leitet die Kommission ein Verfahren erst ein, nachdem sie diese Wettbewerbsbehörde konsultiert hat.*"

²¹⁶ *EuGH*, Urt. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 – *Delimitis* / Henninger Bräu, Rn. 45; ebenso *EuGH*, Urt. v. 12. Dezember 1995 – Verbundene Rechtssachen C-319/93, C-40/94 und C-224/94, ECLI:EU:C:1995:433 – *Dijkstra* / Friesland, Rn. 26; *EuGH*, Urt. v. 14. Dezember 2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 – *Masterfoods*, Rn. 47.

nationalen Gerichte zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts vorrangig auf dessen unmittelbare Anwendbarkeit zurückzuführen. Hervorzuheben ist dabei, dass der *EuGH* die Kompetenz der Gerichte nicht aus dem Sekundär-, sondern aus dem Primärrecht ableitete.

Vor bzw. unter dem Regime der VO 17 nahm der *EuGH* allerdings mit Blick auf den "Grundsatz der Rechtssicherheit" an, dass von einer Nichtigkeit nicht auszugehen sei, so lange bezogen auf die problematischen Vereinbarungen "*noch keine Erklärung*" der Behörden der Mitgliedstaaten oder der Europäischen Kommission zu Art. 85 Abs. 3 EWGV (entspricht Art. 101 Abs. 3 AEUV) "*abgegeben worden ist*". Beispiele hierfür sind die Entscheidungen *Bosch / van Rijn*,²¹⁷ *Portelange*,²¹⁸ *Brasserie de Haecht*,²¹⁹ *Bloos*,²²⁰ *Asjes*,²²¹ *Delimitis / Henninger Bräu*,²²² und *Masterfoods*²²³ sowie weitere Fälle, für die die VO 17 nicht einschlägig war.²²⁴ Schon unter der VO 17 wurde

²¹⁷ *EuGH*, Ur. v. 6. April 1962 – 13/61, ECLI:EU:C:1962:11 – *Bosch / van Rijn* (bezogen auf die Zeit vor Einführung der VO 17).

²¹⁸ *EuGH*, Ur. v. 9. Juli 1969 – 10/69, ECLI:EU:C:1969:36 – *Portelange / Smith Corona Marchant International*; vgl. dort insbes. Rn. 11/14: "*Die Entscheidung der Frage, ob eine solche Vereinbarung tatsächlich verboten ist, setzt die Würdigung wirtschaftlicher und rechtlicher Zusammenhänge voraus, die nur dann als gegeben angesehen werden können, wenn ausdrücklich festgestellt wird, daß im konkreten Einzelfall nicht nur die Tatbestandsmerkmale von Artikel 85 Absatz 1 erfüllt sind, sondern außerdem auch die in Absatz 3 dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme nicht in Betracht kommt. Solange diese Feststellung nicht getroffen ist, muß jede angemeldete Vereinbarung als wirksam gelten.*"

²¹⁹ *EuGH*, Ur. v. 6. Februar 1973 – 48/72, ECLI:EU:C:1973:11 – *Brasserie de Haecht*, Rn. 6ff.

²²⁰ *EuGH*, Ur. v. 14. Dezember 1977 – 59/77, ECLI:EU:C:1977:207 – *Bloos*, Rn. 11/16, 17/18.

²²¹ *EuGH*, Ur. v. 30. April 1986 – verbundene Rechtssachen 209 bis 213/84, ECLI:EU:C:1986:188 – *Asjes*, Rn. 60ff.

²²² *EuGH*, Ur. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 – *Delimitis / Henninger Bräu*, Rn. 47ff.

²²³ *EuGH*, Ur. v. 14. Dezember 2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 – *Masterfoods*, Rn. 46ff.

²²⁴ Die Entscheidung *EuGH*, Ur. v. 30. April 1986 – verbundene Rechtssachen 209 bis 213/84, ECLI:EU:C:1986:188 – *Asjes*, Rn. 60ff, griff den Gedanken der vorangegangenen Entscheidungen für den Luftverkehr auf, vor dem Hintergrund, dass die VO 17 für diesen Sektor nicht anwendbar war. Die Entscheidung *EuGH*, Beschl. v. 11. April 1989 – 66/86, ECLI:EU:C:1989:140 – *Ahmed Saeed Flugreisen*, erging vor dem Hintergrund der VO 3975/87, welche ebenfalls die Entscheidungskompetenz über Art. 85 Abs. 3 EWGV der Europäischen Kommission übertrug (vgl. Rn. 12ff dieser Entscheidung). Auf der Grundlage des (mittlerweile ausgelaufenen) EGKS nahm der *EuGH* an, dass die Art. 65 EGKS (Kartellverbot) und 66 § 7 EGKS (Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) zwar klar und unbedingt seien und unmittelbar in der Person des Einzelnen Rechte entstehen ließen, die die nationalen Gerichte zu schützen hätten. Allerdings bestehe eine ausschließliche Zuständigkeit der Kommission für die Feststellung von Verstößen. Daher könnten die nationalen Gerichte nicht mit einer Klage auf Schadensersatz wegen Verstoßes gegen diese Vorschriften befasst werden, wenn die Kommission im Rahmen dieser Zuständigkeit keine Entscheidung getroffen hat; *EuGH*, Ur. v. 13. April 1994 – C-128/92,

im Laufe der Zeit allerdings vermutet, dass dieser Rechtsprechung keine zukunftsgerichtete Bedeutung zukommen sollte, da angenommen wurde, dass sie nur Altfälle betraf.²²⁵ Mit der Einführung der VO 1/2003 ist sie – zumindest für deren Anwendungsbereich²²⁶ – ohnehin obsolet geworden.

(ii) Durchführungszuständigkeit nach der VO 1/2003

Mit der Einführung der VO 1/2003 nahm der Gemeinschaftsgesetzgeber die Sichtweise ein, dass das System der VO 17 *"nicht mehr imstande"* sei, dem Ziel einer *"wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle ... in ausgewogener Weise gerecht zu werden."* Das System der VO 17 schränke *"die Gerichte und die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln ein"*. Daher musste das bisherige *"zentralisierte Anmeldesystem ... durch ein Legalausnahmesystem ersetzt werden, bei dem die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten nicht nur zur Anwendung der nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften direkt anwendbaren"* Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 AEUV *"befugt sind, sondern auch zur Anwendung von"* Art. 101 Abs. 3 AEUV.²²⁷

ECLI:EU:C:1994:130- H.J. Banks, Rn. 15ff; ähnlich *EuGH*, Urt. v. 20. September 2001 – C- 390/98, ECLI:EU:C:2001:456 – H.J. Banks, Rn. 58ff; vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 2. Mai 1996 – C-18/94, ECLI:EU:C:1996:180 – Hopkins, Rn. 31.

²²⁵ *Bunte in Langen/Bunte*, Kartellrecht 2001, Art. 81, Rn. 214, 219.

²²⁶ Art. 32 VO 1/2003. Das EU-Recht weist für einige Sektoren Sonderregelungen auf, die (auch) die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf diese besonderen Wirtschaftsbereiche erfassen. Betroffen sind u.a. die Bereiche:

- Luftverkehr: Vgl. beispielsweise VO 1/2003, Erwägungsgrund (36) sowie die Verordnung (EG) Nr. 411/2004 des Rates vom 26. Februar 2004 zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 3975/87 und zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 3976/87 sowie der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 hinsichtlich des Luftverkehrs zwischen der Gemeinschaft und Drittländern, ABl. L 68 v. 6. März 2004, S. 1ff.
- Seeverkehr / Kabotage / Trampdienste: Vgl. beispielsweise die Verordnung (EG) Nr. 1419/2006 des Rates vom 25. September 2006 zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 4056/86 über die Einzelheiten der Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrags auf den Seeverkehr und zur Ausweitung des Anwendungsbereichs der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auf Kabotage und internationale Trampdienste, ABl. L 269 v. 28. September 2006, S. 1ff.

Hier sind in der Vergangenheit spezifische Probleme aufgetreten, etwa soweit noch keine sekundärrechtlichen Regelungen ergangen waren; vgl. dazu für den Luftverkehr *EuGH*, Urt. v. 30. April 1986 – verbundene Rechtssachen 209 bis 213/84, ECLI:EU:C:1986:188 – Asjes, Rn. 42 bis 52, sowie *EuGH*, Beschl. v. 11. April 1989 – 66/86, ECLI:EU:C:1989:140 – Ahmed Saeed Flugreisen.

²²⁷ VO 1/2003, Erwägungsgründe (1) bis (4). Bei der Einführung des Legalausnahmesystems umstritten war es, ob dieses durch das Primärrecht überhaupt angelegt ist, während umgekehrt auch die Vereinbarkeit der VO 17 mit dem EWGV/EGV hätte in Frage gestellt werden können; vgl. dazu, insbesondere zur Frage der

Die VO 1/2003 trennt hinsichtlich der Durchführungszuständigkeit der Mitgliedstaaten zwischen Behörden und Gerichten.

Die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden sollen (gem. Art. 5 VO 1/2003) Art. 81 und 82 EG (heute Art. 101, 102 AEUV) in Einzelfällen anwenden und dabei *"von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde Entscheidungen erlassen"* können, mit denen die Abstellung von Zuwiderhandlungen oder einstweilige Maßnahmen angeordnet, Verpflichtungszusagen angenommen oder Geldbußen, Zwangsgelder oder sonstige im innerstaatlichen Recht vorgesehene Sanktionen verhängt werden. Zudem sollen sie auch entscheiden dürfen, dass *"für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden"*.

Bezogen auf die einzelstaatlichen Gerichte hebt die VO 1/2003²²⁸ hervor, dass sie *"eine wesentliche Aufgabe bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln"* erfüllen. Sie schützen *"in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen ... die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden subjektiven Rechte, indem sie unter anderem den durch die Zuwiderhandlung Geschädigten Schadenersatz zuerkennen."* Damit ergänzten die Gerichte *"in dieser Hinsicht die Aufgaben der einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden. Ihnen sollte daher gestattet werden"* Art. 101 und 102 AEUV *"in vollem Umfang anzuwenden"*. Sie sollen also nicht nur (wie bisher) zur Anwendung

Zulässigkeit des Legalausnahmesystems, Bartels, S. 22ff, 33ff, der zu dem Ergebnis kommt, dass das Primärrecht sowohl für ein Genehmigungs- als auch für eine Legalausnahmesystem offen ist. Der Gemeinschaftsgesetzgeber nahm im Erwägungsgrund (34) die Position ein, dass die Regelungen der VO 1/2003 im Einklang mit dem primärrechtlichen Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip stünden und die *"Verordnung nicht über das zur Erreichung ihres Ziels einer wirksamen Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft Erforderliche hinaus"* gehe. Die VO 1/2003 – so Erwägungsgrund (37) – wahre die Grundrechte und stehe im Einklang mit den Prinzipien, die insbesondere in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind. Demzufolge sei diese *"Verordnung in Übereinstimmung mit diesen Rechten und Prinzipien auszulegen und anzuwenden"*.

Für diese Arbeit wird diese Diskussion nicht erneut dargestellt und die primärrechtliche Zulässigkeit des Legalausnahmesystems der VO 1/2003 unterstellt, da die Frage nach dessen Zulässigkeit und Wirksamkeit in der Praxis, soweit ersichtlich, keine entscheidende Rolle mehr spielt.

Bartels, S. 79ff, stellt die Genese der VO 1/2003 umfangreich dar und erwähnt (S. 124, Fn. 457) Hirsch, der die Auseinandersetzung um die *"Primärrechtmäßigkeit der Kartellrechtsreform"* in der Fassung der VO 1/2003 als *"Schlacht von gestern"* bezeichnete.

Das System der VO 1/2003 passt im Übrigen gut zur frühen Tendenz des *EuGH* (Urt. v. 6. April 1962 – 13/61, ECLI:EU:C:1962:11 –Bosch / van Rijn), Art. 85 Abs. 1 und 3 EWGV *"als ein unteilbares Ganzes zu betrachten"*.

²²⁸ VO 1/2003, Erwägungsgrund (7).

von Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 AEUV, sondern auch von Art. 101 Abs. 3 AEUV befugt sein.²²⁹

Dementsprechend wird in Art. 6 VO 1/2003 schlicht geregelt, dass (auch) die Gerichte für die Anwendung von Art. 101, 102 AEUV "zuständig" sind.²³⁰ Auf dieser Grundlage sieht der *EuGH* nun die Aufgabe der "Gerichte der Mitgliedstaaten ... Art. 101 AEUV ... anzuwenden, wenn der Sachverhalt unter das Unionsrecht fällt, und ihre wirksame Anwendung im öffentlichen Interesse sicherzustellen",²³¹ ohne dass noch eine Differenzierung nach Abs. 1, 2 und Abs. 3 vorgenommen wird.

Neben dieser *Kompetenz* wird in den Erwägungsgründen (im Anschluss an die oben beschriebene Auffassung des *EuGH* zum Primärrecht) bei den Gerichten²³² aber auch die *Pflicht* gesehen, Art. 101 und 102 AEUV "anzuwenden, wenn sie innerstaatliches Wettbewerbsrecht auf Vereinbarungen und Verhaltensweisen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können, anwenden".²³³ Dies sei erforderlich, um "die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft und das reibungslose Funktionieren der in dieser Verordnung enthaltenen Formen der Zusammenarbeit zu gewährleisten".²³⁴

Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 schreibt – die ohnehin bestehende primärrechtliche Wirkung klarstellend – den nationalen Gerichten²³⁵ entsprechend vor, im Anwendungsbereich von Art. 101 und 102 AEUV diese Vorschriften (auch dann) anzuwenden, wenn sie nationales Wettbewerbsrecht heranziehen. Nach Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003, der ebenfalls die primärrechtliche Regelung nachzeichnet, darf die "Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts ... nicht zum Verbot" von Maßnahmen führen, die

²²⁹ VO 1/2003, Erwägungsgrund (4).

²³⁰ Der Wortlaut der deutschen Sprachfassung von Art. 6 VO 1/2003 weicht vom Wortlaut von Art. 4 VO 1/2003 ab. Nach Art. 4 VO 1/2003 kommen der Europäischen Kommission "die in dieser Verordnung vorgesehenen Befugnisse" zu ("*dispose des compétences prévues par le présent règlement*"; "*shall have the powers provided for by this Regulation*"). Für die Gerichte ist dagegen in der deutschen Sprachfassung der andere, oben beschriebene Wortlaut ("*für die Anwendung ... zuständig*") gewählt. In der französischen und englischen Sprachfassung von Art. 6 VO 1/2003 sind dagegen Formulierungen gewählt, die Art. 4 VO 1/2003 entsprechen ("*sont compétentes pour appliquer*"; "*shall have the power to apply*").

²³¹ *EuGH*, Urt. v. 14. Juni 2011 – C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389 – Pfeiderer, Rn. 19.

²³² Wie auch bei den nationalen Wettbewerbsbehörden.

²³³ VO 1/2003, Erwägungsgrund (8); bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 14. Juni 2011 – C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389 – Pfeiderer, Rn. 19.

²³⁴ VO 1/2003, Erwägungsgrund (8).

²³⁵ Wie auch bei den nationalen Wettbewerbsbehörden.

nicht als Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV einzustufen oder nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sind. Allerdings können "*zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen*" strengere nationale Vorschriften angewendet werden, was im Wesentlichen den Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV betrifft. Zudem soll der beschriebene Vorrang von Art. 101 AEUV nicht gelten, wenn die Maßnahmen von vorneherein nicht "*den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind*". Dieses Kriterium ist allerdings auch bereits Teil der Tatbestandsmerkmale von Art. 101 Abs. 1 (und Art. 102) AEUV und damit schon primärrechtliche Beschränkung der Reichweite des EU-Kartellrechts.

Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003 nimmt den Bereich der Fusionskontrolle von den vorstehenden Regelungen aus. Gleiches gilt für "*Bestimmungen des einzelstaatlichen Rechts ... , die überwiegend ein von*" Art. 101 und 102 AEUV "*abweichendes Ziel verfolgen*".

Die Befugnis zur Anwendung von Art. 101, 102 AEUV beinhaltet auch die Befugnis zur Anwendung des (zumindest in diesem Bereich) unmittelbar anwendbaren Art. 106 AEUV.²³⁶

(iii) GVOen

Als Verordnungen sind GVOen schon nach Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar anwendbar und müssen schon von daher von den Gerichten beachtet und angewendet werden. Der *EuGH* hat denn auch schon früh, in der Entscheidung *Roubaix*,²³⁷ bestätigt, dass die nationalen Gerichte – vorbehaltlich der Beachtung von Art. 267 AEUV – auch auf der Grundlage der kartellrechtlichen GVOen entscheiden können. Mithin stand schon vor der Einführung der VO 1/2003 die Befugnis der nationalen Gerichte außer Frage, GVOen i.S.d. Art. 85 Abs. 3 EWGV (heute Art. 101 Abs. 3 AEUV) anzuwenden, allerdings nur exakt beschränkt auf deren Anwendungsbereich, da es andernfalls zu einem Eingriff in die Rechtsetzungsbefugnis der Europäischen Kommission käme.²³⁸

²³⁶ S.o. 2.2.2(e)(ii) (Seite 26).

²³⁷ *EuGH*, Urt. v. 3. Februar 1976 – 63/75, ECLI:EU:C:1976:15 – Roubaix, Rn. 10/11.

²³⁸ *EuGH*, Urt. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 - Delimitis / Henninger Bräu., Rn. 43ff.

(iv) Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU

Die Richtlinie 2014/104/EU²³⁹ (im Folgenden "SE-RL") soll *"dazu beitragen, dass Bürger und Unternehmen Schadensersatz verlangen können, wenn sie Opfer einer Zuwiderhandlung gegen das EU-Kartellrecht"* sind, in dem u.a. der Zugang zu Beweismitteln erleichtert werden soll, die die Opfer zum Nachweis des erlittenen Schadens benötigen; sie sieht zudem Mittel wie *"einen längeren Zeitraum für die Geltendmachung von Forderungen vor"*; eine *"endgültige Feststellung einer Zuwiderhandlung durch eine nationale Wettbewerbsbehörde"* soll *"vor den Gerichten des betreffenden Mitgliedstaats einen Beweis für das Vorliegen dieser Zuwiderhandlung"* darstellen.²⁴⁰ Die SE-RL hebt die Sichtweise des Unionsgesetzgebers hervor, dass die *"nationalen Gerichte ... bei der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften eine ... wichtige Rolle zu spielen"* haben in Bezug auf die *"private Rechtsdurchsetzung"*, indem sie in *"Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen ... die sich aus dem Unionsrecht ergebenden subjektiven Rechte"* schützen, etwa durch die Zuerkennung von Schadensersatz für Kartellgeschädigte.²⁴¹ Es wird erwartet, dass sich durch die Umsetzung der SE-RL die *"Prägestkraft"* der nationalen Zivilgerichte derjenigen der spezialisierten Kartellbehörden angleichen werde.²⁴² Die SE-RL wurde durch die 9. GWB-Novelle im deutschen Recht umgesetzt, welche im folgenden Punkt (v) dargestellt wird.

(v) Deutsches Recht

Im (auf der Grundlage der Unionskartellrechts geführten) Zivilprozess sind materiellrechtlich nicht nur die unmittelbar anwendbaren Vorschriften des EU-Rechts zu beachten, sondern ergänzend auch v.a. zivilrechtliche und zivilprozessrechtliche Vorschriften, das Recht zum Schutz des lautereren Wettbewerbs²⁴³ oder auch (und insbesondere) das GWB.

²³⁹ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 v. 5. Dezember 2014, S. 1ff.

²⁴⁰ Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 10. November 2014, IP/14/1580.

²⁴¹ SE-RL, Erwägungsgrund (3).

²⁴² Podszun/Kreifels/Schmieder, WuW 2017, 114, 116.

²⁴³ Bulla, GewArch 2015, 247, 248 nennt etwa für das Beihilferecht zivilrechtliche Ansprüche (§ 823 Abs. 2 und § 1004 BGB) sowie § 8, 9 i.V.m. 3, 4 Nr. 11 UWG. Vgl. bspw. die Einstufung des Art. 108 Abs. 3 Satz 3

Besonders bedeutsam für die Praxis der nationalen Gerichte wird künftig auch die Umsetzung der SE-RL²⁴⁴ im Zuge der 9. GWB-Novelle werden. Diese führte zu beträchtlichen Ergänzungen des GWB in den §§ 33ff und §§ 89bff, welche die zivilgerichtliche Durchsetzung kartellrechtsbasierter Schadensersatzansprüche erleichtern sollen. Zu den Neuregelungen gehören eine (widerlegliche) Vermutung für den Kausalzusammenhang von Kartell und Schaden (§ 33a Abs. 2 GWB). Bezogen auf die Bemessung des Schadens wird auf § 287 ZPO verwiesen (§ 33a Abs. 3 GWB).²⁴⁵ Nach den neuen Regeln wird zugunsten mittelbarer Abnehmer vermutet, dass der Kartellaufschlag von den unmittelbaren Abnehmern auf sie abgewälzt wurde; umgekehrt kann der Kartelltäter gegenüber den unmittelbaren Abnehmern die sog. passing-on-defence geltend machen (§ 33c GWB). Die Verjährungsfrist für Schadensersatzforderungen wurde von drei auf fünf Jahre verlängert. Auch der Zugang zu Beweismitteln gegenüber dem Verfahrensgegner und (subsidiär) den Behörden wurde erleichtert. Mit den Neuregelungen werden Kartelltäter, die den Behörden als Kronzeugen²⁴⁶ zur Verfügung standen, privilegiert, indem sie von der für die anderen Kartelltäter geltende Gesamtschuld (§ 33d GWB) ausgenommen werden (§ 33e GWB; Gegen Ausnahme bei Preisschirmeffekten). Zudem haben sie gegenüber letzteren auch im Innenverhältnis nur eine beschränkte Ausgleichspflicht (§ 33e Abs. 3 GWB). Die Herausgaberegeln für Beweismittel ist für Kronzeugenerklärungen gegenüber Kartellbehörden und entsprechende Vergleichsausführungen eingeschränkt. Auch KMU, die gegen das Kartellrecht verstoßen haben, werden im Vergleich zu sonstigen Kartelltätern privilegiert (§ 33d Abs. 3 bis 5 GWB). Schließlich ist es den Gerichten auch möglich, gegenüber Kartellbehörden, auch der Europäischen Kommission, die Herausgabe von Akten anzuordnen (§ 89c GWB).

Soweit die SE-RL (Art. 9 Abs. 1) vorschreibt, dass die nationalen Gerichte die Feststellung der "*Zu widerhandlung gegen das Wettbewerbsrecht*" in bestandskräftigen

AEUV als Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG in *BGH*, Urt. v. 24. März 2016 – I ZR 263/14 – *Kreiskliniken Calw*, juris, Rn. 24ff; OLG Nürnberg, Urt. v. 21. November 2017 – 3 U 134/17 –, juris, Rn. 38.

²⁴⁴ Die SE-RL wird vermutlich die Diskussion um die gerichtliche Durchsetzung des Schadensersatzrechts noch lange beschäftigen. Umstritten ist u.a. ob Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage richtig gewählt ist. Daher wird auch Art. 103 AEUV als Rechtsgrundlage herangezogen. Dem geht diese Arbeit nicht weiter nach.

²⁴⁵ Monopolkommission, HG 21, Rn. 149ff.

²⁴⁶ Soweit es auf der Grundlage des Vorschlags der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts vom 22. März 2017, COM(2017) 142 final, 2017/0063 (COD) (im Folgenden "Entwurf RL ECN+") zu einer Harmonisierung der Regelungen für Kronzeugen kommt, wird im Rahmen einer 10. GWB-Novelle das GWB um entsprechende Regelungen ergänzt werden müssen.

mitgliedstaatlich-behördlichen Entscheidungen (ggf. in der Form eines Urteils der Rechtsmittelinstanz) *"für die Zwecke eines Verfahrens über eine Klage auf Schadensersatz nach Artikel 101 oder 102 AEUV"* unwiderlegbar zugrunde legen sollen, war dies bereits in § 33 Abs. 4 GWB a.F. vorgesehen und findet sich nun in § 33b GWB.²⁴⁷

(d) Durchführungszuständigkeit nationaler Gerichte im Beihilfenrecht

(i) Primärrecht

Kompetenzen mitgliedstaatlicher Zivilgerichte im Bereich des Beihilfenrechts sind in Art. 107 bis 109 AEUV ebenso wenig ausdrücklich angesprochen, wie in den entsprechenden Regelungen von EWGV, EGV und EG.

(A) *Durchführungszuständigkeit außerhalb von Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV*

Mit Blick auf die Durchführungszuständigkeit der Europäischen Kommission auf der Grundlage von Art. 107, 108 AEUV geht der *EuGH* davon aus, dass *"innerstaatliche Gerichte nicht zuständig"* seien, *"darüber zu befinden, ob eine staatliche Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist."*²⁴⁸

Eine mitgliedstaatliche Beihilfenregelung kann allerdings Elemente enthalten, die gegen Vorschriften des EU-Rechts verstoßen, die – anders als Art. 107 AEUV – unmittelbare Wirkung haben (beispielsweise Art. 34 AEUV, Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung). Soweit diese Elemente von der eigentlichen Beihilferegulation getrennt werden können, können nach Auffassung des *EuGH* die mitgliedstaatlichen Gerichte in Bezug auf diese Elemente tätig werden. Eine Kompetenz der nationalen Gerichte soll dagegen nicht bestehen, wenn die Modalitäten insgesamt *"derart untrennbar mit dem Zweck der Beihilfe verknüpft"* sind, *"daß sie nicht für sich allein beurteilt werden können; die Prüfung ihrer Auswirkung auf die Vereinbarkeit oder Nichtvereinbarkeit der Beihilfe insgesamt hat in einem solchen Fall zwangsläufig nach dem Verfahren des"* Art. 93 EWGV (heute Art. 108 AEUV) *"zu erfolgen."*²⁴⁹ In keinem Fall sollen aber die *"einzelstaatlichen Gerichte eine Beihilferegulation ... deshalb insgesamt für vertragswidrig erklären*

²⁴⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7. November 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 55.

²⁴⁸ *EuGH*, Urt. v. 18. Juli 2007 – C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434 – Lucchini, Rn. 51f, 62.

²⁴⁹ *EuGH*, Urt. v. 22. März 1977 – 74/76, ECLI:EU:C:1977:51 – Iannelli & Volpi, Rn. 14f.

*können, weil einer ihrer Bestandteile möglicherweise eine zur Erreichung des Beihilfezwecks nicht erforderliche Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung darstellt."*²⁵⁰ Für andere, neben dem Beihilfenrecht betroffene, unmittelbar anwendbare Regelungen des EU-Rechts dürfte das auch gelten.²⁵¹

(B) *Durchführungszuständigkeit für Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV*

Von der beschriebenen, weitgehend alleinigen Durchführungszuständigkeit der Europäischen Kommission wird für Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV wegen dessen unmittelbarer Anwendbarkeit²⁵² auch für die Kompetenz der nationalen Gerichte eine Ausnahme gemacht.²⁵³ Dieses unmittelbar anwendbare Durchführungsverbot begründe *"Rechte der einzelnen, die von den nationalen Gerichten zu beachten sind"*²⁵⁴ und stelle *"für den Fall der beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen Verfahrensregeln [auf], die der nationale Richter würdigen kann"*.²⁵⁵ Dabei ist von Bedeutung, dass auch eine spätere Freigabe einer Beihilfe durch die Europäische Kommission den – vom nationalen Gericht zu beurteilenden – Verfahrensverstoß nach Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV nicht zu heilen vermag.²⁵⁶ Dass die Europäische Kommission im Fall von Verstößen gegen Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV selbst Maßnahmen ergreifen kann,²⁵⁷ ändert nichts an dieser Kompetenz der nationalen

²⁵⁰ *EuGH*, Ur. v. 22. März 1977 – 74/76, ECLI:EU:C:1977:51 - Iannelli & Volpi, Rn. 16.

²⁵¹ *Gundel*, EWS 2016, 301ff.

²⁵² S.o. 2.2.2(d)(ii) (Seite 24).

²⁵³ St. Rspr. seit *EuGH*, Ur. v. 15. Juli 1964 – 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – Costa / Enel.

²⁵⁴ *EuGH*, Ur. v. 11. Dezember 1973 – 120/73, ECLI:EU:C:1973:152 – Lorenz, Rn. 8; *EuGH*, Ur. v. 20. September 2001 – C-390/98, ECLI:EU:C:2001:456 – H.J. Banks, Rn. 70.

²⁵⁵ *EuGH*, Ur. v. 19. Juni 1973 – 77/72, ECLI:EU:C:1973:65 – Capolongo/ Maya, Rn. 6; *BGH*, Ur. v. 4. April 2003 – V ZR 314/02 – juris, Rn. 12.

²⁵⁶ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 3. Oktober 1991 – C-354/90, ECLI:EU:C:1991:371 – FNCE, Rn. 28ff; *EuGH*, Ur. v. 21. November 1991 – C-354/90, ECLI:EU:C:1991:440 – FNCE, Rn. 16f; *EuGH*, Ur. v. 21. Oktober 2003 – Verbundene Rechtssachen C-261/01 und C-262/01, ECLI:EU:C:2003:571 – van Calster, Rn. 52; *EuGH*, Ur. v. 5. Oktober 2006 – C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 – Transalpine Ölleitung, Rn. 41; *EuGH*, Ur. v. 21. Juli 2005 – C-71/04, ECLI:EU:C:2005:493 – Xunta de Galicia, Rn. 31; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV Art. 108, Rn. 7.

²⁵⁷ Schon die VO 659/1999 (Art. 10 bis 14) sah und die VO 2015/1589 (Art. 12 bis 16) sieht ein Verfahren vor, wie die Europäische Kommission im Fall von rechtswidrigen Beihilfen (also neuer Beihilfen, die unter Verstoß gegen Artikel 108 Absatz 3 AEUV eingeführt werden, Art. 1 lit. f VO 2015/1589) reagieren kann. Sie kann insoweit vor allem Anordnungen zur Aussetzung oder einstweiligen Rückforderung der Beihilfe treffen (Art. 13 VO 2015/1589, zuvor Art. 11 VO 659/1999). Vor Einführung dieses Sekundärrechts sah der

Gerichte,²⁵⁸ auch weil die insoweit bestehenden Möglichkeiten der Europäischen Kommission begrenzt sind.²⁵⁹ Europäischer Kommission und nationalen Gerichten kommen bei der Durchsetzung des Beihilfenrechts damit *"einander ergänzende und unterschiedliche Rollen"* zu.²⁶⁰

In der Entscheidung *Steinike & Weinlig*²⁶¹ hat der *EuGH* klargestellt, dass es dem nationalen Gericht bei der Anwendung von Art. 93 Absatz 3 letzter Satz EWGV (heute Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV) nicht verwehrt sein könne, den Begriff der *"Beihilfe"* (ggf. unter Rückgriff auf das Vorlageverfahren nach Art. 177 EWGV, heute Art. 267 AEUV) auszulegen und entsprechend zu entscheiden.²⁶² So könne *"ein staatliches Gericht Veranlassung haben, den in Artikel 92" (heute Art. 107 AEUV) "enthaltenen Begriff der Beihilfe auszulegen und anzuwenden, um zu bestimmen, ob eine ohne Beachtung des in" Art. 93 Abs. 3 EWGV (heute: Art. 108 Abs. 3 AEUV)*

EuGH schon die Möglichkeit, dass die Europäische Kommission *"Sicherungsmaßnahmen ... erlassen"* können soll, etwa die Anordnung an den betreffenden Mitgliedstaat, *"die Zahlung der Beihilfe unverzüglich bis zum Abschluß ihrer Überprüfung einzustellen"* (gefolgt von einer Vertragsverletzungsklage, wenn der Mitgliedstaat der Anordnung nicht nachkommt); *EuGH*, Urt. v. 14. Februar 1990 – C-301/87, ECLI:EU:C:1990:67 – Boussac, Rn. 18ff; die Frage der Kompetenzen der nationalen Gerichte spielte dort keine Rolle; bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 21. März 1990 – C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125 – Tubemeuse, Rn. 15ff. Zum Verhältnis des Vertragsverletzungsverfahrens zu einer Nichtigkeitsklage gegen die entsprechende Negativentscheidung der Europäischen Kommission siehe *EuGH*, Urt. v. 20. September 2007 – C-177/06, ECLI:EU:C:2007:538 – Kommission/Spanien, Rn. 37, 46.

²⁵⁸ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 3. Oktober 1991 – C-354/90, ECLI:EU:C:1991:371 – FNCE, Rn. 27; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV Art. 108, Rn. 11, VO 2015/1589, Art. 16, Rn. 1.

²⁵⁹ *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 – Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 34; Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte (2009/C 85/01) ABl. C 85 v. 9. April 2009, S. 1 ("BZKGBei"), Rn. 25; Reußow, S. 195ff; *Rennert*, EuZW 2011, 576.

²⁶⁰ *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – SFEI, Rn. 41ff, 67ff; ähnlich *EuGH*, Urt. v. 21. Oktober 2003 – Verbundene Rechtssachen C-261/01 und C-262/01, ECLI:EU:C:2003:571 – van Calster, Rn. 73ff; *EuGH*, Urt. v. 5. Oktober 2006 – C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 – Transalpine Ölleitung, Rn. 37; *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 – Lufthansa / Flughafen Hahn, Rn. 27f; *EuGH*, Urt. v. 15. September 2015 – C-574/14, ECLI:EU:C:2016:686 – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencyonalna S. A. gegen Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Rn. 31.

²⁶¹ *EuGH*, Urt. v. 22. März 1977 – 78/76, ECLI:EU:C:1977:52 – Steinike & Weinlig, Rn. 14; bestätigt u.a. in *EuGH*, Urt. v. 17. März 1993 – Verbundene Rechtssachen C-72/91 und C-73/91, ECLI:EU:C:1993:97 – Sloman Neptun, Rn. 12; *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 – Lufthansa / Flughafen Hahn, Rn. 34; *EuGH*, Urt. v. 15. September 2015 – C-574/14, ECLI:EU:C:2016:686 – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencyonalna S. A. gegen Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Rn. 31.

²⁶² Vgl. auch *Europäische Kommission*, Bekanntmachung Beihilfenbegriff, Rn. 2.

*"vorgesehenen Vorprüfungsverfahren eingeführte staatliche Maßnahme diesem Verfahren hätte unterworfen werden müssen."*²⁶³

Die Prüfungsbefugnis der nationalen Gerichte, so der *EuGH* in der inhaltlich an das Urteil *Steinike & Weinlig* anschließenden Entscheidung *FNCE*,²⁶⁴ sei auf die unmittelbare Wirkung von Art. 93 Abs. 3 letzter Satz EWGV (heute Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV) zurückzuführen. Wenn diese Gerichte insoweit eine Entscheidung treffen, dürfen sie sich allerdings *"nicht zur Vereinbarkeit der Beihilfemaßnahmen mit dem Gemeinsamen Markt"* (heute Binnenmarkt) äußern.²⁶⁵ Von den nationalen Gerichten zu beachten sind insoweit die Beschlüsse der Europäischen Kommission im Einzelfall²⁶⁶ sowie die GVOen als nach Art. 288 AEUV unmittelbar anwendbares Sekundärrecht.²⁶⁷

Eine Befassung der nationalen Zivilgerichte kommt auf dieser Grundlage sowohl zu Gunsten des Beihilfenempfängers (etwa wenn eine zivilrechtlich ausgestaltete Beihilfe aufgrund angenommener Nichtigkeit zurückgefordert wird) als auch zu Gunsten des Konkurrenten (insbesondere zur Durchsetzung von zivilrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen sowie von Schadensersatzansprüchen) in Betracht.²⁶⁸ Die Bejahung des Vorliegens einer (genehmigungspflichtigen) Beihilfe durch ein

²⁶³ *EuGH*, Urt. v. 5. Oktober 2006 – C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 - Transalpine Ölleitung, Rn. 39; ebenso *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 31; *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 - Lufthansa / Flughafen Hahn, Rn. 34. Die Prüfung des nationalen Gerichts umfasst dabei auch die Frage, ob die relevante Maßnahme den Handel zwischen den Mitgliedstaaten umfasst (Zwischenstaatlichkeitsklausel); vgl. dazu *EuGH*, Urt. v. 27. Juni 2017 – C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496 – Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania gegen Ayuntamiento de Getafe, Rn. 78ff; *EuGH*, Urt. v. 21. Dezember 2016 – C-524/14, ECLI:EU:C:2016:971 – Europäische Kommission gegen Hansestadt Lübeck, Rn. 40, *Soltész/Pflock*, EuZW 2017, 207ff, *Soltész*, EuZW 2017, 51, 55, *Rung*, NVWZ 2017, 1174fff, und *Bartosch*, EWS, Die erste Seite 2017, Nr. 5.

²⁶⁴ *EuGH*, Urt. v. 21. November 1991 – C-354/90, ECLI:EU:C:1991:440 – *FNCE*, Rn. 9ff; *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 23ff, 32: Der *BGH* sieht daher Art. 108 Abs. 3 letzter Satz als Schutzgesetz i.S.d. § 823 BGB, insbesondere für den Wettbewerber des Beihilfeberechtigten.

²⁶⁵ *EuGH*, Urt. v. 16. Dezember 1992 – C-17/91, ECLI:EU:C:1992:514 - Georges Lornoy en Zonen, Rn. 30; *EuGH*, Urt. v. 9. August 1994 – C-44/93, ECLI:EU:C:1994:311 - Namur-Les assurances du crédit, Rn. 17.

²⁶⁶ Siehe hierzu auch unten Kapitel 3.

²⁶⁷ BZKGBei, Rn. 16; *Quigley*, S. 631. Vgl. zuletzt etwa *EuGH*, Urt. v. 6. Juli 2017 – C-245/16, ECLI:EU:C:2017:521 – Nerea SpA gegen Regione Marche, Rn. 30ff, und *Höfler*, EuZW 2017, 741, 743f zur Frage, auf welchen Zeitpunkt die nationalen Gerichte abzustellen haben, wenn sie das Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen der AGVO prüfen.

²⁶⁸ *Weiß*, ZHR 180 (2016), S. 80, 119f, 123, 127f

nationales Gericht kann die Pflicht der nationalen Behörde induzieren, die Beihilfe bei der Europäischen Kommission anzumelden.²⁶⁹

Soweit ein nationales Gericht einen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV annimmt, hat es nach steter Rechtsprechung des *EuGH*,²⁷⁰ der sich auch der *BGH*²⁷¹ angeschlossen hat, geeignete Maßnahmen zu seiner Abstellung zu ergreifen, also etwa die Durchführung der Maßnahme für rechtswidrig zu erklären und ihre Rückabwicklung anzuordnen, ggf. verbunden mit ergänzenden Maßnahmen wie der Verzinsung, wobei sich die Modalitäten nach nationalem Recht richten.²⁷² Bei diesen Entscheidungen können die nationalen Gerichte, wenn auch sehr begrenzt, Vertrauensschutzgesichtspunkte zu Gunsten des Beihilfenempfängers einbeziehen,²⁷³ die allerdings am öffentlichen Interesse an rechtmäßigen Zuständen und einer effektiven Durchsetzung des Beihilfenrechts ihre Grenzen finden können,²⁷⁴ wodurch Vertrauensschutz in der Abwägung auch dann verdrängt werden kann, wenn sich das Vertrauen auf einen Beschluss der Europäischen Kommission stützt, welcher sich nachträglich als Irrtum erweist.²⁷⁵ Auch die Feststellung einer sich aus dem Unionsrecht ableitenden Nichtigkeit von Vereinbarungen²⁷⁶ oder das Zusprechen von

²⁶⁹ *EuGH*, Urt. v. 18. Mai 2017 – C-150/16, ECLI:EU:C:2017:388 – Fondul Proprietatea SA gegen Complexul Energetic Oltenia SA, Rn. 44.

²⁷⁰ Für viele: *EuGH*, Urt. v. 21. November 1991 – C-354/90, ECLI:EU:C:1991:440 – FNCE, Rn. 12ff; bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 11. März 1992 – Verbundene Rechtssachen C-78/90, C-79/90, C-80/90, C-81/90, C-82/90 und C-83/90, ECLI:EU:C:1992:118 – Compagnie Commerciale de l'Ouest, Rn. 33f; *EuGH*, Urt. v. 18. Dezember 2008 – C-384/07, ECLI:EU:C:2008:747 – Wienstrom, Rn. 26ff, insbes. Rn. 26, 39.

²⁷¹ *BGH*, Urt. v. 20. Januar 2004- XI ZR 53/03; *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 28f, 71.

²⁷² *Quigley*, S. 645f.

²⁷³ *EuGH*, Urt. v. 24. November 1987 – 223/85, ECLI:EU:C:1987:502 – RSV, Rn. 17; *EuGH*, Urt. v. 20. September 1990 – C-5/89, ECLI:EU:C:1990:320 – Kommission/Deutschland, Rn. 16ff; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 3. Oktober 1991 – C-354/90, ECLI:EU:C:1991:371 – FNCE, Rn. 30ff; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. Dezember 1995 – C-39/94, ECLI:EU:C:1995:445 – SFEL, Rn. 72ff; *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – SFEL, Rn. 70ff; *BFH*, Urt. v. 12. Oktober 2000 – III R 35/95 – juris, Rn. 35ff; *EuGH*, Urt. v. 12. Februar 2008 – C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79 – CELF/SIDE, Rn. 42; *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 44f; *EuGH*, Urt. v. 13. Februar 2014 – C-69/13, ECLI:EU:C:2014:71 – Mediaset, Rn. 38ff (Rückforderung der Beihilfe, aber im Betrag von EUR 0). Vgl. auch *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV Art. 108, Rn. 8ff.

²⁷⁴ *BGH*, Urt. v. 4. April 2003 – V ZR 314/02 – juris, Rn. 26.

²⁷⁵ *EuGH*, Urt. v. 19. Januar 1997 – C-169/95, ECLI:EU:C:1997:10 – Spanien/Kommission, Rn. 51, 53; *EuGH*, Urt. v. 12. Februar 2008 – C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79 – CELF/SIDE, Rn. 61ff

²⁷⁶ *BGH*, Urt. v. 4. April 2003 – V ZR 314/02 – juris, Rn. 13ff; *BGH*, Urt. v. 20. Januar 2004- XI ZR 53/03, *BGH*, Urt. v. 5. Juli 2007 – IX ZR 221/05, Rn. 20, *BGH*, Beschl. v. 13. September 2012 – III ZB 3/12 – juris, Rn. 19;

Schadensersatzansprüchen gegen den Mitgliedstaat (nicht aber gegen den Beihilfenempfänger) ist möglich,²⁷⁷ auch bei beihilfenrechtlichen Fehlleistungen der nationalen Gerichte.²⁷⁸ In der Entscheidung *Air Liquide*²⁷⁹ ging der *EuGH* allerdings davon aus, dass die Befugnisse der nationalen Gerichte "*naturgemäß im Wesentlichen präventiver Art*" sind und "*nicht weiter reichen*" könnten "*als diejenigen, die der Kommission verliehen sind, wenn sie im Anschluss an eine gründliche Prüfung eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer staatlichen Beihilfe trifft.*" Auf der Grundlage der Rechtsprechung hat die Europäische Kommission Hinweise für die Gerichte erarbeitet, welche Maßnahmen im Einzelfall sinnvoll sein können.²⁸⁰

Der *EuGH* überlässt die Prüfung, ob eine Maßnahme mit Blick auf Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV einen Sachverhalt von vornherein von Art. 107 AEUV ausnimmt anhand der sog. Altmark-Kriterien²⁸¹ den nationalen Gerichten, soweit sie nach Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV zuständig sind.²⁸² Allerdings sind die Altmark-Kriterien und der Gehalt von Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV nicht völlig deckungsgleich.²⁸³ Im Beschluss

BGH, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 25; *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 18. Februar 2015 – 6 B 24/14 – juris, Rn. 21f; *Kühling/Schwendinger*, EWS 2015, 1, 3ff.

²⁷⁷ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. Dezember 1995 – C-39/94, ECLI:EU:C:1995:445 – SFEI, Rn. 77, 80, 82; *EuGH*, Urt. v. 10. Juli 1997 – C-261/95, ECLI:EU:C:1997:351 – Palmisani, Rn. 35; ; *EuGH*, Urt. v. 5. Oktober 2006 – C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 - Transalpine Ölleitung, Rn. 56; *EuGH*, Urt. v. 12. Februar 2008 – C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79 – CELF/SIDE. Zu Schadensersatzklage vor nationalen Gerichten siehe *Quigley*, S. 651ff, *Bungenberg/Motzkus* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich* (Hrsg.), Europäischen Beihilfenrecht, Kap. 5, Rn. 162ff, sowie BZKGBei, Rn. 26, 43ff.

²⁷⁸ *EuGH*, Urt. v. 13. Juni 2006 – C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391 - Traghetti del Mediterraneo, Rn. 30ff.

²⁷⁹ *EuGH*, Urt. v. 15. Juni 2006 – Verbundene Rechtssachen C-393/04 und C-41/05, ECLI:EU:C:2006:403 - Air Liquide, Rn. 44.

²⁸⁰ *Europäische Kommission*, BZKGBei, Rn. 26ff.

²⁸¹ *EuGH*, Urt. v. 21. Dezember 2016 – C-327/15, ECLI:EU:C:2016:974 – TDC A/S gegen Teleklagenævnet und Erhvervs- og Vækstministeriet, Rn. 50-53; *EuGH*, Urt. v. 24. Juli 2003 – C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 - Altmark Trans. Vgl. auch Erwägungsgrund (4) des Beschlusses der Europäischen Kommission 2012/21/EU vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (Bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(2011) 9380), ABl. L 7 v. 11. Februar 2012, S. 3 (sog. DAWI-Beschluss) sowie *Soltész*, EuZW 2018, 60, 63.

²⁸² *EuGH*, Urt. v. 22. Oktober 2015 – C-185/14, ECLI:EU:C:2015:716 – EasyPay/Finance Engineering, Rn. 39ff; *BGH*, Urt. v. 24. März 2016 – I ZR 263/14 – Kreiskliniken Calw, NJW 2016, 3176, 3177ff.

²⁸³ *Mestmäcker/Schweitzer* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 3) BeihilfenR/Sonderbereiche, AEUV Art. 107 Abs. 1, Rn. 131.

2012/21/EU (sog. DAWI-Beschluss) hat die Europäische Kommission festgelegt, *"unter welchen Voraussetzungen staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden und demzufolge von der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV befreit sind."* Dieser Beschluss ist als unmittelbar anwendbares Sekundärrecht von den Gerichten zu beachten. Auch der *EuGH* geht davon aus, dass die nationalen Gerichte diesen Beschluss zur Prüfung der Beihilfenrechtskonformität anwenden können, wenn die Kriterien aus seiner *Altmark Trans*-Entscheidung nicht eingehalten werden (und eine Beihilfe vorliegt).²⁸⁴

(ii) Sekundärrecht

Die beschriebene Durchführungszuständigkeit der nationalen Gerichte wird bis heute ausschließlich auf der Grundlage des Primärrechts gesehen. In der ursprünglichen Fassung der VO 659/1999 waren nicht einmal Vorschriften über die Befugnisse und Verpflichtungen der nationalen Gerichte enthalten.²⁸⁵ Eine Durchführungszuständigkeit der nationalen Gerichte wurde durch den Gemeinschaft-/ Unionsgesetzgeber später implizit anerkannt, indem dieser die VO 659/1999 durch die VO 734/2013 um Regelungen ergänzte, die die Zusammenarbeit von Europäischer Kommission und nationalen Gerichten regelt; die entsprechenden Regelungen finden sich nun in der VO 2015/1589 (Art. 29).

²⁸⁴ *EuGH*, Urt. v. 22. Oktober 2015 – C-185/14, ECLI:EU:C:2015:716 – EasyPay/Finance Engineering, Rn. 53; Beispiel für dieses Vorgehen *OVG NRW*, Urt. v. 1. Dezember 2014 – 12 A 2523/13 – juris, Rn. 201ff; *OLG Stuttgart*, Urt. v. 20. November 2014 – 2 U 11/14 Rn. 100ff, 123ff sowie Urt. v. 23. März 2017 – 2 U 11/14 (unter Bezugnahme auf den Beschluss 2012/21/EU und dessen Vorgänger).

²⁸⁵ *EuGH*, Urt. v. 5. Oktober 2006 – C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 – Transalpine Ölleitung, Rn. 35.

(e) Durchführungszuständigkeit nationaler Gerichte im Fusionskontrollrecht

Die FKVO legt – wie oben bereits dargestellt – die Zuständigkeit für deren Durchführung (vermeintlich ausschließlich) in die Hände der Europäischen Kommission.²⁸⁶

Die Frage, ob bzw. wie fusionskontrollrechtliche Themen in Zivilprozessen geklärt werden können, ist im Sekundärrecht nicht geklärt; diesen Aspekt hat der Gemeinschafts-/Unionsgesetzgeber möglicherweise nicht bedacht.²⁸⁷ Auch das *soft law* zum Fusionskontrollrecht spricht Kompetenzen der nationalen Zivilgerichte nicht an. Eine Ausnahme bildet die Ancillary-Restraints-Bekanntmachung der Europäischen Kommission²⁸⁸ ("AR-Bekanntmachung"), die in ihrer Rn. 2 zumindest klarstellt, dass *"für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen darüber, ob bestimmte Einschränkungen mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind und somit automatisch von der Genehmigungsentscheidung der Kommission erfasst werden, ... die einzelstaatlichen Gerichte zuständig"* sind.

EU-fusionskontrollrechtliche Fragen stellen sich vor Zivilgerichten v.a. mit Blick auf Unwirksamkeitsanordnung des Art. 7 Abs. 4 FKVO. Deutsche Zivilgerichte sehen sich befugt zu prüfen, ob auf einen Sachverhalt deutsche Fusionskontrolle anwendbar ist und haben (wohl deshalb) auch verschiedentlich Art. 7 Abs. 4 FKVO im Rahmen von Zivilrechtsstreitigkeiten herangezogen, ohne die Befugnis hierzu in Frage zu stellen.²⁸⁹ Da das Zusammenspiel der Kompetenzen der Europäischen Kommission mit

²⁸⁶ FKVO, Erwägungsgründe (17), (33), Art. 21 Abs. 2, 3. § 35 Abs. 3 GWB regelt im Einklang mit diesen one-stop-shop-System der FKVO, dass das GWB keine Anwendung findet, wenn die Europäische Kommission nach der FKVO ausschließlich zuständig ist.

²⁸⁷ In Erwägungsgrund (40) der FKVO sind zwar die nationalen Gerichte genannt. Hier geht es allerdings um die Unterstützung der Europäischen Kommission bei Nachprüfungen und Versiegelungen auf der Grundlage der FKVO.

²⁸⁸ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (2005/C 56/03), ABl. C 56 v. 5. März 2005, S. 24.

²⁸⁹ *OLG Dresden*, Ur. v. 15. Dezember 2009 – 14 U 818/09 – juris, Rn. 38ff; *LG Köln*, Ur. v. 23. Dezember 2009 – 28 O (Kart) 479/08, Rn. 133ff; *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg*, Urteil vom 12. Dezember 2013 – 3 U 38/11, Rn. 372ff, allerdings die Anwendbarkeit der FKVO im konkreten Fall ablehnend. Vgl. v. Graevenitz, BB 2010, 1172, 1174.

etwaigen Kompetenzen der nationalen Gerichte hier eine besondere Rolle spielt, wird dieser Aspekt unten²⁹⁰ näher beleuchtet.

2.4 Konkrete Regelungen der Zusammenarbeit

2.4.1 Einführung

Die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Zivilgerichten wird nicht nur von der Zuteilung der Zuständigkeiten bestimmt, sondern auch von spezifischem Normenmaterial, welches das Zusammenwirken von unionaler und nationaler Ebene regeln. Wichtige entsprechende Bestimmungen werden in diesem Abschnitt vorgestellt. Die spezifischen Probleme, die sich bei der Zusammenarbeit – auch unter Anwendung dieser Regelungen – ergeben, werden dann in den folgenden Kapiteln analysiert.

2.4.2 Rücksichtnahme- und Loyalitätsgebot

Grundlegend und zentral für das Verhältnis von EU und mitgliedstaatlichen Stellen bei der Anwendung und Ausführung des Unionsrechts ist die wechselseitige Treuepflicht, die das Primärrecht vorgibt.²⁹¹

Bereits Art. 5 EWGV hatte die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der Verpflichtungen aus "*diesem Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft*" zu treffen und der Gemeinschaft die Erfüllung ihrer Aufgabe zu erleichtern; Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele des EWGV gefährden könnten, sollten unterlassen werden. Hierin wurde ein (nicht abschließender) Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gesehen.²⁹² Auch Regelungen wie Art. 10 EGV, Art. 192 EAGV oder Art. 85 EGKS galten nur als ein positiv-rechtlicher Ausdruck, nicht aber abschließende Regelung dieses Grundsatzes, welcher bald als unbestritten galt.²⁹³

Die Pflicht zur Gemeinschaftstreue wurde immer wieder mit Treueverpflichtungen in föderalen Verbänden wie der Bundestreue in Bundesstaaten verglichen; letztlich wurde für das Gemeinschafts- und Unionsrecht aber doch eine eigene Dogmatik entwickelt,

²⁹⁰ S.u. 3.7.2 (ab Seite 230).

²⁹¹ Grundlegend hierzu *Klamert*.

²⁹² *Bleckmann*, DVBl. 1976, 483; *EuGH*, Urt. v. 10. Februar 1983 – 230/81, ECLI:EU:C:1983:32 – Großherzogtum Luxemburg gegen Europäisches Parlament, Rn. 37f.

²⁹³ *Hatje*, S. 35f, 39f; *Brohm*, S. 112.

schon weil sich die EU (noch) nicht zu einem Bundesstaat entwickelt hat.²⁹⁴ Ähnlichkeiten gibt es gleichwohl:²⁹⁵ So wie ein föderativer Bundesstaat auf eine gedeihliche Kooperation seiner Teilstaaten angewiesen ist, war schon für die EWG/EG und ist auch für die Union anzunehmen, dass sich diese auf gegenseitige Rücksichtnahmen und Treu und Glauben gründet.²⁹⁶ Allerdings wurde schon bezogen auf die EWG die Pflicht zur Gemeinschaftstreue nicht nur als Gebot zur Vertragserfüllung nach Treu und Glauben verstanden, sondern als darüber hinausgehende Verpflichtung.²⁹⁷ Die Gemeinschafts- bzw. heute Unionstreue wurde als ein auf Gegenseitigkeit angelegter Verfassungsgrundsatz begriffen, nach dem Loyalitätspflichten der Mitgliedstaaten gegenüber der EU und Loyalitätspflichten der EU und ihrer Organe gegenüber den Mitgliedstaaten²⁹⁸ sowie auch zwischen den Mitgliedstaaten²⁹⁹ bestehen.³⁰⁰

Mit dem EUV wurde die Loyalitätspflicht von einem Grundsatz zu einem unionalen, positiv gefassten Verfassungsprinzip erhoben, was die Rechtsprechung des *EuGH* aus früheren Zeiten nicht aufheben sollte,³⁰¹ die daher weiter maßgeblich gilt.³⁰² Der EUV gibt mit seinem Art. 4 Abs. 2 und 3 Grundregeln für den Umgang zwischen EU und Mitgliedstaaten vor, indem er Rücksichtnahme- und Loyalitätsgebote formuliert. Der zweite Absatz des Art. 4 EUV verpflichtet die EU, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten. Eine Verpflichtung für die Union *und* die Mitgliedstaaten ergibt sich aus dem "*Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit*" gem. Art. 4 Abs. 3, erster UA EUV, nachdem sich beide Seiten "*gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben*", achten und unterstützen sollen. Nach Art. 4 Abs. 3, zweiter und dritter UA EUV haben die "*Mitgliedstaaten ... alle geeigneten Maßnahmen ... zur Erfüllung der Verpflichtungen*" zu ergreifen, "*die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben*". Zudem sollen sie die

²⁹⁴ Bleckmann, DVBl. 1976, 483, 486; Unruh, EuR 2002, 41, 47ff, 59ff; Brohm, S. 112; Pernice, ZaöRV 2010, 51, 55.

²⁹⁵ Brohm, S. 112f.

²⁹⁶ Brohm, S. 113.

²⁹⁷ Hailbronner, JZ 1990, 149, 152.

²⁹⁸ Kau, S. 645; Hailbronner, JZ 1990, 149, 152.

²⁹⁹ Klamt, S. 353; Unruh, EuR 2002, 41, 62.

³⁰⁰ Bleckmann, DVBl. 1976, 483, 486f.

³⁰¹ Brohm, S. 113.

³⁰² von Bogdany/Schill in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL 2016, EUV Art. 4, Rn. 51.

EU "bei der Erfüllung ihrer Aufgabe" unterstützen und "alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten" unterlassen.

Dem Loyalitätsgebot, in welchem eine Schlüsselbestimmung des Unionsrechts gesehen wird,³⁰³ werden drei wichtige Funktionen zugeschrieben und zwar für die Konstitutionalisierung der EU, für das Zusammenspiel der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auf der einen und der Unionsrechtsordnung auf der anderen Seite, insbesondere die Sicherung der Autonomie der am Integrationsprozess der Gemeinschaft/Union beteiligten Hoheitsträger, und schließlich für die Zusammenarbeit der Institutionen der Mitgliedstaaten und der Union, insbesondere die Gewährleistung der Kooperation von Gemeinschaft/Union und Mitgliedstaaten und die Moderation von Konflikten.³⁰⁴ Das Loyalitätsgebot gilt quasi als "*Geschäftsgrundlage des europäischen Integrationsprojekts*",³⁰⁵ der sich weder die nationalen Gerichte noch die Europäische Kommission entziehen können, auch im Verhältnis zueinander.³⁰⁶

Aus dem Loyalitätsgebot hat der *EuGH* auch die Pflicht der nationalen Gerichte abgeleitet, unmittelbar anwendbares EU-Recht zum Schutz des Einzelnen anzuwenden³⁰⁷ und dies auch dann, wenn – wie im deutschen Zivilprozessrecht³⁰⁸ – eine Anwendung dieses Rechtsbereichs auch ohne ausdrückliche Geltendmachung einer Partei zulässig ist.³⁰⁹ Aus Art. 4 Abs. 3 EUV wird weiter die Pflicht der nationalen Gerichte abgeleitet, nationale Bestimmungen auf die Vereinbarkeit mit Unionsrecht zu prüfen und ggf. unionsrechtskonform auszulegen.³¹⁰

Die Frage, ob und inwieweit sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV eine Verpflichtung der nationalen Gerichte zur Berücksichtigung von Beschlüssen der Europäischen

³⁰³ Brohm, S. 112.

³⁰⁴ Klamert, EuZW 2017, 131, 135; Hatje, S. 63ff, 66ff, 74ff; vgl. bereits Bleckmann, DVBl. 1976, 483, 486f.

³⁰⁵ Robertson, ZöR 2015, 351, 353.

³⁰⁶ Exemplarisch für viele: *EuGH*, Beschl. v. 13. Juli 1990 – C-2/88 Imm, ECLI:EU:C:1990:315 – Zwartveld, Rn. 18; *EuGH*, Urt. v. 25. Juli 2002 – C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462 – Unión de Pequeños Agricultores, Rn. 41; *EuGH*, Urt. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 – Delimitis / Henninger Bräu, Rn. 53.

³⁰⁷ Exemplarisch für viele: *EuGH*, Urt. v. 16. Dezember 1976 – 33/76, ECLI:EU:C:1976:188 – Rewe, Rn. 5; *EuGH*, Urt. v. 6. Juni 2013 – C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366 – Donau Chemie, Rn. 22; Klamert, S. 14.

³⁰⁸ Elzer in Vorwerk/Wolf, Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Stand: 1. März 2015, § 308 Rn. 19f.

³⁰⁹ *EuGH*, Urt. v. 14. Dezember 1995 – Verbundene Rechtssachen C-430/93 und C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 – van Schijndel, Rn. 13 bis 15.

³¹⁰ Kruis, S. 146, 155, 157ff.

Kommission³¹¹ und andere Kooperationspflichten³¹² ergeben, wird im Rahmen der weiteren Untersuchung genauer betrachtet.

2.4.3 Gewaltenteilungsgrundsatz

Die Kooperation von Europäischer Kommission und nationalen Gerichten könnte durch den Gewaltenteilungsgrundsatz beeinflusst werden, denn – i.S. des klassischen Staatsaufbaus gedacht – wird die Europäische Kommission als Teil der Exekutive, ein nationales Zivilgericht aber als Teil der Judikative tätig.³¹³

In Bezug auf die EU ist dabei zu beachten, dass deren Organisation weniger auf einer Gewaltenteilung *"im klassischen Sinn"* beruht, sondern die Befugnisse der Legislative und Exekutive auf die verschiedenen Organe im Sinne eines institutionellen Gleichgewichts verteilt sind; gleichwohl erkennt aber der *EuGH* *"die Notwendigkeit der Unabhängigkeit der Richter der Gemeinschaft"* an.³¹⁴ Auf EU-Ebene ergibt sich der Gewaltenteilungsgrundsatz nunmehr auch über Art. 6 Abs. 1 S. 1 EUV aus Art. 47 Abs. 2 S. 1 ChartaGR.

Aus Sicht des deutschen Rechts folgt die richterliche Unabhängigkeit aus Art. 97 Abs. 1 GG, ist einfachgesetzlich in § 1 GVG geregelt, gilt als Element des Rechtsstaatsprinzips als wesentlicher Teil des Staatsaufbaus und als von der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG erfasst, die auch im Verhältnis zur EU wirkt.³¹⁵ Art. 4 Abs. 2 EUV untersagt unverhältnismäßige Eingriffe in die *"verfassungsrechtlichen Wertungen der Mitgliedstaaten, insbesondere Eingriffe in den jeweiligen Kernbereich"*.³¹⁶

³¹¹ *EuGH*, Ur. v. 14. Dezember 2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 – Masterfoods, Rn. 49ff.

³¹² *Calliess/Kahl/Puttler in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. A., EUV Art. 4 Rn. 85.

³¹³ Mit Blick auf Art. 16 VO 1/2003 wurde kurz nach dessen Inkrafttreten diskutiert, ob dieser als Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz anzusehen ist; *Klees*, § 8, Rn. 106. Die VO 1/2003 ist nach ihrem Erwägungsgrund (37) in *"Übereinstimmung mit"* den *"Grundrechte[n] und ... Prinzipien, die insbesondere in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind ... auszulegen und anzuwenden"*.

³¹⁴ *Durner*, EuR 2004, 547, 565; *Durner* beruft sich dabei u.a. auf *EuGH*, Gutachten v. 14. Dezember 1991 – 1/91; ECLI:EU:C:1991:490 – Entwurf eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft einerseits und den Ländern der Europäischen Freihandelsassoziation andererseits über die Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraums, Rn. 47ff, insbes. wohl 52.

³¹⁵ *A. Grimm*, S. 233f; ähnlich *Durner*, EuR 2004, 547, 563f.

³¹⁶ *Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL August 2015, EUV Art. 4, Rn. 35, der in Rn. 37 erläutert, dass Art. 4 Abs. 2 EUV daher *"bisweilen als Kompetenzausübungsschranke"* verstanden wird.

Der EU ist für den Bereich des Wettbewerbsrechts ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zugewiesen (Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV),³¹⁷ so dass diese auch grundsätzlich das "wie" der Gewährung effektiven Rechtsschutzes regeln kann. Eine Bindung von Zivilgerichten an Entscheidungen der Verwaltung gehört zwar nicht in allen, aber dennoch manchen Mitgliedstaaten (z.B. einschließlich Deutschland³¹⁸) zu den anerkannten Rechtsinstituten³¹⁹ und wurde in Deutschland und anderen Ländern gerade bezogen auf das Kartellrecht rechtspolitisch anerkannt.³²⁰ Es erscheint daher möglich, dass unionsrechtliche Berücksichtigungspflichten zu Lasten nationaler Gerichte bezogen auf die Europäischen Kommission bestehen, ohne dass dies gegen den unionsrechtlichen oder mitgliedstaatlichen (deutschen) Gewaltenteilungsgrundsatz verstößt.

Auch nach deutschem Verfassungsverständnis ist es ausreichend, dass die Funktionen Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung im Schwerpunkt bei unterschiedlichen Organen konzentriert sind, solange die einzelnen Gewalten *"angemessen gebündelt"* sind.³²¹ Auch das Grundgesetz hat das Prinzip der Gewaltentrennung *"nicht in reiner Form verwirklicht"*, sondern lässt *"vielmehr in beträchtlichem Umfang die Gewaltenhemmung durch Gewaltenverschränkung und Gewaltenkontrolle sowie Gewaltenverlagerung"* zu.³²²

Es kommt also weniger darauf an, ob die Exekutive (hier die Europäische Kommission) und die Judikative (hier die nationalen Zivilgerichte und EuG/EuGH) bei ihrer Entscheidungsfindung getrennt voneinander handeln, sondern ob lückenlos effektiver

³¹⁷ S.o. 2.3.1(a) (ab Seite 29).

³¹⁸ Auch wenn – bezogen auf die Bindung deutscher Zivilgerichte an deutsche Verwaltungs- bzw. verwaltungsgerichtliche Entscheidungen – keine einheitliche Linie besteht; vgl. *Sachs* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage 2014, § 43 Rn. 128ff sowie *BGH*, Urt. v. 9. Oktober 1990 – IX ZR 13/90 – juris, Rn. 11, 12, *BGH*, Urt. v. 7. Februar 1992 – V ZR 246/90 – juris, Rn. 26ff, *OLG Naumburg (OLG Sachsen-Anhalt)*, Urt. v. 30. Juni 2006 – 1 U 4/06 - juris, Rn. 36f, *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 18. Dezember 2009 – I-23 U 187/08 – juris, Rn. 35, *BGH*, Beschl. v. 2. Dezember 2010 – IX ZB 271/09 – juris, Rn. 5, *OLG Frankfurt*, Beschluss vom 12. Mai 2015 – 11 U 71/13 (Kart) – juris, Rn. 64ff.

³¹⁹ SWP Damages actions, Rn. 142.

³²⁰ *Monopolkommission*, SG 7. GWB-Novelle, Rn. 42, zu § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB); SWP Damages actions, Rn. 142.

³²¹ *Herdegen* in *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, 78. EL, September 2016, Art. 79, Rn. 146.

³²² *Erichsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 13, Rn. 5.

Rechtsschutz gewährt wird.³²³ Die nationalen Gerichte³²⁴ und die Unionsgerichte wachen gemeinsam über die Wahrung der Unionsrechtsordnung, was sich im EUV auch in Art. 19 Abs. 1 widerspiegelt.³²⁵ Sie stellen so eine funktionale Einheit dar, die als "*Gerichtsverbund*" die Anwendung des Unionsrechts³²⁶ und eine richterliche Kontrolle sicherstellen soll, wobei die Unionsgerichte auf der einen und die nationalen Gerichte auf der anderen Seite komplementäre Aufgaben übernehmen, indem die nationalen Gerichte dem einzelnen dort Rechtsschutz gewähren, wo keine unionsrechtliche Zuordnung besteht.³²⁷ So gilt die umfassende gerichtliche Kontrolle öffentlicher Gewalt heute als tragendes Grundprinzip der Union.³²⁸

Soweit ersichtlich, wird denn auch die Einhaltung des Grundsatzes der Gewaltenteilung bei der Zusammenarbeit von Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten nicht mehr in Frage gestellt.³²⁹ Nicht die Gewaltenteilung, sondern die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes auch bei einer Verteilung bzw. Aufteilung der Behandlung konkreter Fälle auf Europäische Kommission und nationale Gerichte ist der insoweit wesentliche Aspekt, der im Rahmen dieser Arbeit mit untersucht wird.

2.4.4 Sekundärrechtliche Konkretisierung für das EU-Wettbewerbsrecht

(a) Kartellrecht

Art. 101 bis 106 AEUV enthalten keine Normen, die die Beziehung zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Zivilgerichten ausdrücklich regeln. Angelegt ist – wie oben bereits dargestellt³³⁰ – nur eine Gesetzgebungskompetenz. Der

³²³ *Divivier*, S. 401ff; vgl. dazu auch *Rennert*, EuZW 2017, 567, 569.

³²⁴ S.o. 2.3.3 (ab Seite 38).

³²⁵ *EuGH*, Gutachten v. 8. März 2011 – 1/09, ECLI:EU:C:2011:123 – Patentgerichtssystem, Rn. 66 ff.

³²⁶ *Weiß* in *Niedobitek*, Europarecht – Grundlagen der Union, § 5 Rn. 31; *von Bogdany/Schill* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL 2016, EUV Art. 4, Rn. 94.

³²⁷ *Rengeling/Kotzur* in *Rengeling/Middeke/Gellermann*, *Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union*, § 1, Rn. 17. So wohl auch *EuGH*, Beschl. v. 10. Oktober 2017 – C-640/16 P, ECLI:EU:C:2017:752 – *Greenpeace Energy eG*, Rn. 63.

³²⁸ v. *Bogdandy*, EuR 2017, 487, 494f.

³²⁹ *Imgrund*, S. 115ff; *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 4; *Schneider* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5; *A. Grimm*, S. 235.

³³⁰ S.o. 2.3.1(a) (ab Seite 29).

Gemeinschaftsgesetzgeber hat diese zwar nicht mit der VO 17,³³¹ später aber mit der VO 1/2003 ausgefüllt.

Die VO 1/2003 gilt als wichtige sekundärrechtliche Konkretisierung des Loyalitätsgebots.³³² Art. 11 bis 16, Art. 18 Abs. 6 und Art. 22, Art. 27 Abs. 3 VO 1/2003 regeln Details, wie die Europäische Kommission und die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Durchführung des EU-Kartellrechts kooperieren sollen, enthalten aber auch Bestimmungen über die Zusammenarbeit der Europäischen Kommission und der nationalen Gerichte. So gibt die VO 1/2003 das Ziel einer einheitlichen Anwendung der Wettbewerbsregeln vor und spricht in diesem Zusammenhang auch die Formen der Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission an. Die *"einzelstaatlichen Gerichte"* sollen *"die Möglichkeit erhalten, sich an die Kommission zu wenden, um Informationen oder Stellungnahmen zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft zu erhalten."*³³³ Zudem soll der Europäischen Kommission und *"den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten ... die Möglichkeit gegeben werden, sich mündlich oder schriftlich vor einzelstaatlichen Gerichten zu äußern"* wenn Art. 101 oder 102 AEUV zur Anwendung kommen. Dabei sollen *"diese Stellungnahmen ... im Einklang mit den einzelstaatlichen Verfahrensregeln und Gepflogenheiten, einschließlich derjenigen, die die Wahrung der Rechte der Parteien betreffen, erfolgen."*

Bereits lange vor Einführung der VO 1/2003 hatte sich die Rechtsprechung zu Gunsten einer Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte an Beschlüsse der Europäischen Kommission ausgesprochen. Nach der noch wenig konkreten *Walt. Wilhelm*-Entscheidung³³⁴ wurde die *Masterfoods*-Entscheidung³³⁵ zu einem Meilenstein. Diese erging noch unter der Geltung der VO 17 und stützte sich maßgeblich auf Art. 5 EWGV (Vorgängerregelung von Art. 4 Abs. 3 EUV). Ein Entscheidung der Europäischen Kommission nach Art. 85 Abs. 1, 3 EGV (heute Art. 101 Abs. 1, 2 AEUV) oder Art. 86 EGV (heute Art. 102 AEUV) sei gemäß Art. 189 Abs. 4 EGV (heute Art. 288 Abs. 4 AEUV) *"in allen ihren Teilen für diejenigen verbindlich, die sie bezeichnet"*.

³³¹ S.o. 2.3.3(c)(i) (ab Seite 45).

³³² Klamert, S. 173f.

³³³ VO 1/2003, Erwägungsgrund (21).

³³⁴ *EuGH*, Urt. v. 13. Februar 1969 – 14/68, ECLI:EU:C:1969:4 – *Walt Wilhelm*, Rn. 6 bis 9.

³³⁵ *EuGH*, Urt. v. 14. Dezember 2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 – *Masterfoods*, Rn. 49ff.

Der *EuGH* bezog sich dabei auf die *Delimitis / Henninger Bräu*-Entscheidung,³³⁶ nach der die "nationalen Gerichte, wenn sie über Praktiken oder Vereinbarungen befinden, zu denen noch eine Entscheidung der Kommission ergehen kann, es vermeiden müssen, Entscheidungen" zu "erlassen, die Entscheidungen zuwiderlaufen, die die Kommission zur Anwendung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 sowie des Artikels 85 Absatz 3 zu treffen beabsichtigt". Daher dürften die nationalen Gerichte "erst recht ..., wenn sie über Vereinbarungen oder Verhaltensweisen befinden, die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sind, keine Entscheidungen erlassen, die dieser zuwiderlaufen, selbst wenn sie im Widerspruch zu der Entscheidung eines erstinstanzlichen nationalen Gerichts steht."

Diese Rechtsprechung fand – mit dem Ziel einer kohärenten Anwendung des EU-Kartellrechts³³⁷ – Eingang in der sekundärrechtlichen Regelung des Art. 16 VO 1/2003.³³⁸ Diese Norm gibt nun vor, wie nationale Wettbewerbsbehörden und nationale Gerichte (potentielle) Entscheidungen der Europäischen Kommission zu berücksichtigen haben. Art. 16 Abs. 2 VO 1/2003 schreibt den "Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten" vor, "keine Entscheidungen" zu "treffen, die der von der Kommission erlassenen Entscheidung zuwiderlaufen würden." Dem entspricht Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 für die Gerichte der Mitgliedstaaten. Danach dürfen diese (ebenfalls), soweit sie nach Art. 101 oder 102 AEUV "über Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen zu befinden haben, die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sind ... keine Entscheidungen erlassen, die der Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen."³³⁹

Die Berücksichtigungspflicht nationaler Gerichte bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission in Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 betrifft nur bereits vorliegende Entscheidungen der Europäischen Kommission. Für anstehende

³³⁶ *EuGH*, Urt. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 - *Delimitis / Henninger Bräu*, Rn. 47ff.

³³⁷ *Europäische Kommission*, Weißbuch 81/82, Rn. 15, 51f, 62, 78, 83, 83f, 86, 101ff.

³³⁸ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 26. Juni 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:388 – EG/Otis, Rn. 46; *EuGH*, Urt. v. 6. November 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 – EG/Otis, Rn. 50.

³³⁹ Die Europäische Kommission hatte zunächst eine weichere Formulierung vorgesehen, die dann bereits vom Parlament verschärft wurde (vgl. A5-0229/2001, Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 1017/68, (EWG) Nr. 2988/74, (EWG) Nr. 4056/86 und (EWG) Nr. 3975/87 (Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag) (KOM(2000) 582 - C5-0527/2000 - 2000/0243(CNS)), ABl. C 72 E v. 21. März 2002, S. 305, 308) und schließlich vom Rat in die heute vorliegende Fassung gebracht wurde.

Entscheidungen der Europäischen Kommission gibt es Sonderregelungen, die für die nationalen Wettbewerbsbehörden und nationalen Gerichte unterschiedlich sind:

Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003 enthält die Regelung für die nationalen Wettbewerbsbehörden. Deren Zuständigkeit für die Anwendung von Art. 101 oder 102 AEUV "*entfällt*", wenn die Europäische Kommission ein Verfahren zum Erlass einer Entscheidung nach Art. 7 bis 9 VO 1/2003 einleitet.³⁴⁰

Anders ist dies für nationale Gerichte.³⁴¹ Diesen wird in Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 bezogen auf Beschlüsse, "*die die Kommission in einem von ihr eingeleiteten Verfahren zu erlassen beabsichtigt*", vorgeschrieben, den Erlass von eigenen Entscheidungen "*zu vermeiden*" die den angesprochenen künftigen Beschlüssen der Europäischen Kommission "*zuwiderlaufen*". Nach Art. 16 Abs. 1 S. 3 VO 1/2003 "*kann das einzelstaatliche Gericht prüfen, ob es notwendig ist, das vor ihm anhängige Verfahren auszusetzen.*"

Der deutsche Gesetzgeber hat im Rahmen der 7. GWB-Novelle mit § 33 Abs. 4 GWB a.F. eine dem Art. 16 VO 1/2003 nachempfundene Regelung geschaffen, die – bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission – nur klarstellende Wirkung haben soll.³⁴² Nach dem heutigen § 33b GWB (im Wesentlichen gleichlautend mit § 33 Abs. 4 GWB a.F.³⁴³) sind die deutschen Zivilgerichte bei Schadensersatzforderungen wegen eines Verstoßes gegen Art. 101 oder 102 AEUV "*an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung ... der Europäischen Kommission ... getroffen wurde.*" Gleiches gilt für "*entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung*" solcher Entscheidungen ergangen sind.³⁴⁴ Das Verhältnis von Art. 16 VO 1/2003 und § 33b GWB wird – nach der Analyse des Art. 16 VO 1/2003 – unten³⁴⁵ genauer beschrieben. Entsprechende Bezüge zu Verwaltungshandeln der

³⁴⁰ Nach Art. 35 Abs. 2, 3 VO 1/2003 gilt gleiches für nationale Gerichte, soweit sie quasi-behördlich tätig werden.

³⁴¹ Sogar, wenn sie nach Art. 35 Abs. 3 VO 1/2003 als Rechtsmittelinstanzen in Bezug auf die in Art. 5 VO 1/2003 vorgesehenen behördlichen Entscheidungen tätig werden.

³⁴² BT-Drs. 15/3640 v. 7. Juni 2004, S. 54.

³⁴³ Referentenentwurf des BMWi zur 9. GWB-Novelle vom 1. Juli 2016, S. 55.

³⁴⁴ Das GWB stellt in Satz 3 von § 33b klar, dass diese Verpflichtung unbeschadet der Rechte und Pflichten aus Art. 267 AEUV gelten. Der in § 33 Abs. 4 GWB a.F. noch enthaltene Hinweis auf Art. 16 Abs. 1 S. 4 VO 1/2003 wurde nicht mehr übernommen, was allerdings nicht mehr als eine redaktionelle Änderung darstellt.

³⁴⁵ S.u. 3.4.3(h) (ab Seite 173).

Europäischen Kommission finden sich auch in weiteren Vorschriften des GWB, auf die ebenfalls unten eingegangen wird.³⁴⁶

In Art. 15 VO 1/2003 finden sich Regelungen zur Zusammenarbeit der Europäischen Kommission mit den mitgliedstaatlichen Gerichten (Recht der Gerichte, die Europäische Kommission zu konsultieren, Übermittlung von Urteilen an die Europäische Kommission, Stellungnahmerecht der Europäischen Kommission), die letztlich wie Art. 16 VO 1/2003 auf die vorangegangene Rechtsprechung des *EuGH* zum Primärrecht zurückzuführen sind.

Der deutsche Gesetzgeber sah in der 7. GWB-Novelle das Bedürfnis, die Anforderungen des Art. 15 VO 1/2003 in das deutsche Recht zu transponieren, was zur Einführung des § 90a GWB führte.³⁴⁷ § 90a GWB regelt die Beteiligung der Europäischen Kommission an Verfahren vor deutschen Gerichten, soweit bei ihnen Art. 101 oder Art. 102 AEUV zur Anwendung kommt.³⁴⁸ Auf das Verhältnis von § 90a zu Art. 15 VO 1/2003 wird im Zuge von dessen Analyse³⁴⁹ näher eingegangen. Gleiches gilt für § 89c GWB, der ein Ersuchen der nationalen Gerichte an die Europäische Kommission erlaubt, ihnen Unterlagen aus ihren Akten für ihr Verfahren zur Verfügung zu stellen.

Die VO 773/2004 wurde von der Europäischen Kommission auf der Grundlage von Art. 33 VO 1/2003 erlassen.³⁵⁰ Sie regelt u.a. die Einleitung von Verfahren, die Bearbeitung von Beschwerden sowie die Anhörung der Parteien. Die VO 773/2004 zielt dabei auch auf die Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen von Europäischer Kommission und nationalen Gerichten ab. Insoweit regelt diese VO, dass

³⁴⁶ §§ 21 Abs. 2 Nr. 3, 33 Abs. 3 GWB, s.u. 3.4.3(h) (ab Seite 173).

³⁴⁷ BT-Drs. 15/3640 v. 7. Juni 2004, S. 69f.

³⁴⁸ Die frühere Regelung des § 96 Abs. 2 GWB a.F., nach welcher eine Aussetzungspflicht u.a. bis zur Entscheidung der "*zuständigen Behörden und Gerichte*" bestand, wurde bereits zum 31. Dezember 1998, also lange vor Inkrafttreten von § 90a GWB (am 1. Juli 2005 in seiner ersten Fassung), außer Kraft gesetzt.

³⁴⁹ S.u. Kapitel 7 (ab Seite 307).

³⁵⁰ Wie die VO 1/2003 ist auch die VO 773/2004 vor dem Vertrag von Lissabon entstanden und nimmt damit noch auf Art. 81, 82 EG Bezug. Die Überleitung auf den AEUV ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 und 3 des Vertrages von Lissabon i.V.m. der Übereinstimmungstabelle in dessen Anhang (*Schmidt in Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 4, 25). In der folgenden Darstellung werden Bezüge der VO 1/2003 zu Art. 81, 82 EG durch Bezüge zu Art. 101, 102 AEUV ersetzt.

die Europäische Kommission von Beschwerdeführern über etwaige gerichtliche Parallelverfahren informiert werden möchte.³⁵¹

Die Europäische Kommission hat die Zusammenarbeit zwischen ihr und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten zum Gegenstand einer Bekanntmachung gemacht, die bereits 2004 veröffentlicht und 2015 ergänzt wurde³⁵² (im Folgenden "BZKG101/102"). Ausgehend von der durch die VO 1/2003 geschaffenen Rechtslage und der Rechtsprechung des *EuGH* beschreibt die Europäische Kommission darin, worin – aus ihrer Sicht – die Zuständigkeit der nationalen Gerichte für die Anwendung der unionskartellrechtlichen Regelungen liegt, geht auf Aspekte des anzuwendenden Verfahrensrechts ein und beschreibt die Formen der Zusammenarbeit, etwa die Verpflichtung der Europäischen Kommission zur Übermittlung von Informationen an die Gerichte, die Möglichkeit des Ersuchens der Gerichte um eine Stellungnahme der Europäischen Kommission oder die Übermittlung von Urteilen der Gerichte an die Europäische Kommission. Auf die Einzelheiten der BZKG101/102 wird im Rahmen der folgenden Untersuchung eingegangen.

(b) Beihilfenrecht

Das Verhältnis der Europäischen Kommission zur Tätigkeit nationaler Gerichte auf dem Gebiet des Beihilfenrechts ist in Art. 107 bis 109 AEUV nicht angesprochen. Auch die VO 659/1999 enthielt zunächst keine entsprechende Regelungen und wurde – in ihrem Wortlaut orientiert an Art. 15 VO 1/2003³⁵³ – erst durch die VO 734/2013 entsprechend ergänzt; die entsprechenden Regelungen finden sich nun in der VO 2015/1589.

Überlegung des Unionsgesetzgebers war es, dass *"eine kohärente Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen ... Festlegungen bezüglich der Zusammenarbeit*

³⁵¹ Anhang zur VO 773/2004 (Formblatt C), dort Abschnitt IV.

³⁵² Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags (2004/C 101/04); ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 54, geändert durch Mitteilung der Europäischen Kommission, Änderung der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags (2015/C 256/04); ABl. C 256 vom 5. August 2015, S. 5.

³⁵³ Im Wesentlichen wortgetreue Übernahme der Regelung zum Recht, Informationen und Stellungnahmen der Europäischen Kommission zu erbitten sowie des Rechts zu selbstinduzierten Stellungnahmen der Europäischen Kommission vor nationalen Gerichten aus Art. 15 Abs. 1, 3 VO 1/2003. Auf die Unterschiede der Regelungen zwischen Art. 15 VO 1/2003 und der Regelungen in den beihilferechtlichen Verordnungen wird in Kapitel 7 näher eingegangen.

zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten und der Kommission" erfordere. Ihm war es wichtig, dass *"die Gerichte der Mitgliedstaaten ... insbesondere die Möglichkeit haben, die Kommission um Auskünfte oder um Stellungnahmen zu Fragen der Anwendung [der] Vorschriften über staatliche Beihilfen ... ersuchen"* zu können.³⁵⁴ Dies wurde in Art. 23a Abs. 1 VO 659/1999, heute Art. 29 Abs. 1 VO 2015/1589,³⁵⁵ umgesetzt.

Zudem sollte der Europäischen Kommission *"die Möglichkeit gegeben werden, sich mündlich oder schriftlich vor Gerichten der Mitgliedstaaten zu äußern, wenn Artikel 107 Absatz 1 oder Artikel 108 AEUV zur Anwendung kommt."* Eine solche Unterstützung der mitgliedstaatlichen Gerichte entspreche der Aufgabe der Europäischen Kommission, *"das öffentliche Interesse zu schützen"*.³⁵⁶ Dies wurde in Art. 23a Abs. 2 VO 659/1999, heute Art. 29 Abs. 2 VO 2015/1589 umgesetzt.

Die Europäische Kommission hat die Zusammenarbeit zwischen sich und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten zum Gegenstand einer Bekanntmachung gemacht, die in erneuerter Form 2009 veröffentlicht wurde³⁵⁷ (im Rahmen dieser Arbeit als "BZKGBei" bezeichnet). Die BZKGBei erläutert die Sicht der Europäischen Kommission auf die Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Durchsetzung des EU-Beihilfenrechts. Die BZKGBei bezieht sich auf Entscheidungen des *EuGH*, die auch in dieser Arbeit beleuchtet werden. Dabei werden den Gerichten die Maßnahmen aufgezeigt, die sie aus Sicht der Europäischen Kommission vornehmen können, und damit Arbeitshilfen an die Hand gegeben, etwa wie Rechtswidrigkeitszinsen berechnet werden oder auf welcher Grundlage Schadensersatzforderungen gerechtfertigt sein können. Schließlich wird dargelegt, wie aus Sicht der Europäischen Kommission die Kooperation zwischen Gerichten und Europäischer Kommission ausgestaltet ist bzw. werden kann. Auf Einzelheiten dieser Aspekte wird in den folgenden Kapiteln näher eingegangen.

³⁵⁴ VO 2015/1589, Erwägungsgrund (37); VO 734/2013, Erwägungsgrund (18).

³⁵⁵ Danach können die *"Gerichte der Mitgliedstaaten"* die Europäische Kommission zum *"Zweck der Anwendung"* (*"Aux fins de l'application ..."*; *"For the application of ..."*) von Art. 107 Abs. 1, Art. 108 AEUV um die *"Übermittlung von Informationen ... oder um Stellungnahme zu Fragen, die die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen betreffen, bitten"*.

³⁵⁶ VO 2015/1589, Erwägungsgrund (37); VO 734/2013, Erwägungsgrund (18).

³⁵⁷ S.o. Fn. 259 (Seite 56).

(c) Fusionskontrollrecht

Die Normen des EU-Fusionskontrollrechts enthalten keine Bestimmungen, welche die Beziehung zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Zivilgerichten zum Gegenstand haben. Entsprechendes gilt für das *soft law* in diesem Bereich.

2.5 Zusammenfassung

Das Zusammenspiel von Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten ist nur durch die Verschränkung der Rechtsordnungen der Union und der Mitgliedstaaten möglich, bei welcher einer Reihe unionsrechtlicher Normen unmittelbar anwendbar sind und bei der der Vorrang des Unionsrechts Einfluss auf das gerichtliche Verfahren haben kann.

Mit ihren zentralen Durchführungszuständigkeiten im Unionswettbewerbsrecht wirkt die Europäische Kommission administrativ auf das Wirtschaftsleben in den Mitgliedstaaten direkt ein, indem sie die Einhaltung der kartellrechtlichen Regelungen durch Unternehmen und Mitgliedstaaten überwacht, die Beihilfentätigkeit der Mitgliedstaaten beaufsichtigt bzw. durch ihre Tätigkeit überhaupt erst (genehmigend) ermöglicht und im Bereich Fusionskontrolle Unternehmenszusammenschlüsse prüft und ggf. untersagt oder nur unter Nebenbestimmungen zulässt.

Zu den unmittelbar anwendbaren Normen zählen v.a. Art. 101, 102 AEUV, also die zentralen Vorschriften des Unionskartellrechts, und Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV, welche von den nationalen Zivilgerichten angewendet werden dürfen und müssen. Gleiches gilt – was im Rahmen des folgenden Kapitels näher untersucht wird – wohl auch für die Wirksamkeitsregelung des Art. 7 Abs. 4 FKVO.

Bei der Anwendung der unmittelbar anwendbaren Normen müssen die nationalen Gerichte das materielle Unionswettbewerbsrecht auslegen und anwenden. Ihre Tätigkeit überschneidet sich dabei mit der der Europäischen Kommission.

Das Primär- und das Sekundärrecht halten Normenmaterial bereit, welches auf das Zusammenspiel von Europäischer Kommission und nationalen Gerichten einwirkt: Kernvorschrift auf der Ebene des Primärrechts ist das Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV, aus welchem sich Rücksichtnahme- und Loyalitätspflichten ergeben. Zentrale Regelungen auf sekundärrechtlicher Ebene sind Art. 15, 16 VO 1/2003 für das Unionskartell- und Art. 29 VO 2015/1589 für das Beihilfenrecht, während im Fusionskontrollrecht keine speziellen sekundärrechtliche Regelungen vorhanden sind. Was sich daraus im Einzelnen ergibt, wird im Folgenden untersucht.

3. **BERÜCKSICHTIGUNGSPFLICHT NATIONALER ZIVILGERICHTE BEZOGEN AUF BESCHLÜSSE DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION**

3.1 **Einführung**

Wesentliches Element für die Sicherung einer einheitlichen Anwendung des Wettbewerbsrechts ist – zumindest aus Sicht des *EuGH* und der Europäischen Kommission – die Pflicht der nationalen Zivilgerichte, Beschlüsse und beabsichtigte Beschlüssen der Europäischen Kommission bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Die Frage, ob eine solche Pflicht besteht und in welchem Umfang, wird im Rahmen dieses Kapitels untersucht.

Eine Berücksichtigungspflicht wurde vom *EuGH* zunächst ausschließlich aus dem Primärrecht abgeleitet. Hierzu gibt der folgende Abschnitt 3.2 eine kurze Übersicht. Eine sekundärrechtlich-positive Regelung einer Berücksichtigungspflicht nationaler Gerichte gibt es – wie bereits in Kapitel 2 dargestellt – weder im Beihilfen- noch im Fusionskontrollrecht, sondern nur im Unionskartellrecht. Da diese Arbeit einer Gesamtschau der Berücksichtigungspflichten in allen drei Bereichen des Unionswettbewerbsrechts gewidmet ist, wird daher in Abschnitt 3.3 zunächst untersucht, inwieweit sich generell im Unionswettbewerbsrecht aus dem Primärrecht eine Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte bezogen auf Beschlüsse oder anstehende Beschlüsse der Europäischen Kommission ableiten lässt. Dabei wird zunächst die *Begründung* einer Berücksichtigungspflicht untersucht und im Anschluss ihre *Grenzen*. Danach sind in Abschnitt 3.4 auch die sekundärrechtlichen Berücksichtigungspflichten im EU-Kartellrecht (Art. 16 VO 1/2003) in den Blick zu nehmen.

In den Abschnitten 3.5 bis 3.7 wird für die einzelnen Beschlussarten in den Bereichen EU-Kartellrecht, Beihilfenrecht und EU-Fusionskontrollrecht untersucht, inwieweit diese auf der Grundlage der zuvor gewonnenen Erkenntnisse bei der Entscheidungsfindung der nationalen Zivilgerichte Berücksichtigung finden müssen.

3.2 **Entwicklung der Rechtsprechung**

Die Frage, ob nationale Gerichte bestehende oder potentielle Entscheidungen der Europäischen Kommission im Gemeinschaftskartell- bzw. -beihilfenrecht berücksichtigen müssen, hat den *EuGH* über die Jahre oft beschäftigt (während zum Fusionskontrollrecht keine Entscheidung ersichtlich ist). Es folgt hier eine kurze, zeitlich geordnete Übersicht über die Entwicklung anhand wesentlicher Entscheidungen.

1969, in der *Walt. Wilhelm*-Entscheidung,³⁵⁸ sah der *EuGH* die gemeinschaftskartellrechtliche Verpflichtung der *Behörden* der Mitgliedstaaten, einer Entscheidung der Europäischen Kommission (bei der Anwendung nationalen Rechts) "*Rechnung zu tragen*". In der Entscheidung *Brasserie de Haecht* 1973³⁵⁹ nahm der *EuGH* in Bezug auf Art. 85 EWGV, heute Art. 101 AEUV, bei Anwendbarkeit der VO 17 die Freiheit der nationalen Richter an, in eindeutigen Fällen durchzuentscheiden, auch wenn sich die Kommission noch nicht positioniert hatte.³⁶⁰ Im folgenden Jahr bekräftigte der *EuGH* dies in der Sache *BRT-I*³⁶¹ und sah es – wie schon bei *Brasserie de Haecht* – im Ermessen des nationalen Gerichts, "*aus Gründen der Rechtssicherheit*" die Entscheidung bis zu einem Abschluss des Verfahrens durch die Europäische Kommission auszusetzen. Noch immer unter der Geltung des zentralen Genehmigungssystems der VO17 bekräftigte der *EuGH* dies in der Entscheidung *Anne Marty / Estée Lauder* 1980.³⁶²

Grundlegend war 1991 die Entscheidung *Delimitis / Henninger Bräu*.³⁶³ Hier kam der *EuGH* zu der Auffassung, dass die parallele Zuständigkeit von nationalen Gerichten und Europäischer Kommission zu der Gefahr führe, dass die "*nationalen Gerichte Entscheidungen erlassen, die im Gegensatz zu denjenigen stehen, die die Kommission zur Anwendung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 wie auch des Artikels 85 Absatz 3 getroffen hat oder zu treffen beabsichtigt*." 1995 bekräftigte der *EuGH* seine Sichtweise zum Gemeinschaftskartellrecht aus *Delimitis / Henninger Bräu* in der Entscheidung *Dijkstra / Friesland*.³⁶⁴ Allerdings sah der *EuGH* in beiden Entscheidungen weiterhin die Möglichkeit der nationalen Gerichte, ohne Bindung durchzuentscheiden, wenn die Bewertung nach Art. 81 Abs. 1 bzw. Abs. 3 EGV, heute Art. 101 Abs. 1 bzw. Abs. 3

³⁵⁸ *EuGH*, Urt. v. 13. Februar 1969 – 14/68, ECLI:EU:C:1969:4 – *Walt Wilhelm*, Rn. 6 bis 9.

³⁵⁹ *EuGH*, Urt. v. 6. Februar 1973 – 48/72, ECLI:EU:C:1973:11 – *Brasserie de Haecht*, Rn. 9 bis 13.

³⁶⁰ Keine Veranlassung, eine etwaige Positionierung der Europäischen Kommission abzuwarten, "*wenn der Richter feststellt, daß das Kartell entweder keine spürbaren Wirkungen auf den freien Wettbewerb oder den Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten äußert oder seine Unvereinbarkeit mit Artikel 85 außer Zweifel steht*."

³⁶¹ *EuGH*, Urt. v. 30. Januar 1974 – 127/73, ECLI:EU:C:1974:6 - *BRT-I*, Rn. 18/23.

³⁶² *EuGH*, Urt. v. 10. Juli 1980 – 37/79, ECLI:EU:C:1980:190 - *Anne Marty / Estée Lauder*, Rn. 13ff.

³⁶³ *EuGH*, Urt. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 - *Delimitis / Henninger Bräu*, Rn. 47ff.

³⁶⁴ *EuGH*, Urt. v. 12. Dezember 1995 – Verbundene Rechtssachen C-319/93, C-40/94 und C-224/94, ECLI:EU:C:1995:433 – *Dijkstra / Friesland*, Rn. 28ff.

AEUV (keine Spürbarkeit bzw. keine Freistellungsfähigkeit) bei der von Europäischer Kommission und / oder *EuGH* entwickelten Praxis³⁶⁵ auf der Hand lag.

In der 1994 ergangenen, beihilfenrechtlichen Entscheidung *TWD*³⁶⁶ urteilte der *EuGH*, dass ein nationales Gericht an eine bestandskräftige Entscheidung der Europäischen Kommission nach Art. 93 EWGV (heute Art. 108 AEUV) gebunden sei, wenn es über eine Klage entscheide, die gegen die von den nationalen Behörden getroffenen Maßnahmen zur Durchführung dieser Entscheidung gerichtet sei. In dem Fall unterstellte der *EuGH*, dass der Beihilfeempfänger "*vom Mitgliedstaat über die Entscheidung der Kommission schriftlich in Kenntnis gesetzt worden*" war und führte an, dass sich der Empfänger einer Beihilfe auf der Grundlage von Art. 93 EWGV (heute Art. 108 AEUV) gegen eine Entscheidung der Europäischen Kommission, die diese Beihilfe zum Gegenstand hatte, nach Art. 173 Abs. 3 EWGV (heute Art. 263 Abs. 4 AEUV) wehren kann.

Im Verfahren *SFEI* 1995/1996 bereitete die vom *EuGH* zuvor erklärte Freiheit der nationalen Gerichte, bei ihrer Entscheidung Art. 93 Absatz 3 letzter Satz EWGV (heute Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV) den Begriff der "*Beihilfe*" auszulegen,³⁶⁷ dem damals zuständigen GA *Jacobs* und den zuständigen Richtern des *EuGH* Sorge. Gerade weil die nationalen Gerichte in dieser Konstellation nicht die Entscheidung der Europäischen Kommission abwarten mussten, sah man die Einheitlichkeit der Rechtspraxis zum Begriff der "*Beihilfe*" in Gefahr.³⁶⁸ Unter Verweis auf die gemeinschaftskartellrechtliche Entscheidung *Delimitis / Henninger Bräu* nahm der GA eine Pflicht der nationalen Gerichte an, bei Zweifeln über die Auslegung des Begriffs der "*Beihilfe*" eine Aussetzung ihres Verfahrens verbunden mit einer Konsultation mit der Europäischen Kommission (zu rechtlichen und tatsächlichen Aspekten) zu prüfen. Liege die Einordnung dagegen auf der Hand, könne das Gericht durchentscheiden. Dem schlossen sich die Richter in Sachen *SFEI* und späteren Entscheidungen³⁶⁹ im Wesentlichen an. Eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung der nationalen Gerichte

³⁶⁵ *EuGH*, Urt. v. 12. Dezember 1995 – Verbundene Rechtssachen C-319/93, C-40/94 und C-224/94, ECLI:EU:C:1995:433 – *Dijkstra / Friesland*, Rn. 32.

³⁶⁶ *EuGH*, Urt. v. 9. März 1994 – C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 – *TWD*, Rn. 17ff, 25.

³⁶⁷ S.o. 2.3.3(d)(i)(B) (ab Seite 55).

³⁶⁸ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. Dezember 1995 – C-39/94, ECLI:EU:C:1995:445 – *SFEI*, Rn. 47ff.

³⁶⁹ *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – *SFEI*, Rn. 49ff; *EuGH*, Urt. v. 17. Juni 1999 – C-295/97, ECLI:EU:C:1999:313 – *Piaggio*, Rn. 32, 50; *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 – Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 36; *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 – Lufthansa / Flughafen Hahn, Rn. 44.

zur Aussetzung des Verfahrens "*bis die Kommission zur Qualifizierung der streitigen Maßnahmen Stellung nimmt*" bestehe aber nicht.³⁷⁰

Ein Meilenstein im Gemeinschaftskartellrecht war im Jahr 2000, weiterhin während der Geltungszeit der VO17, die *Masterfoods*-Entscheidung.³⁷¹ Darin sah der *EuGH* eine Verpflichtung der nationalen Gerichte, dass sie keine Entscheidungen treffen dürften, die Beschlüssen oder auch nur beabsichtigten Beschlüssen der Europäischen Kommission zuwiderlaufen. Von einer bestehenden Entscheidung gehe, solange sie nicht aufgehoben oder zurückgenommen sei, die Vermutung der Gültigkeit aus, weshalb fehlende Rechtskraft dem Berücksichtigungsgebot nicht entgegenstehe; im Zweifel könnten die nationalen Gerichte ihr Verfahren aussetzen und dem *EuGH* nach Art. 267 AEUV vorlegen bzw. das Ergebnis einer etwaig anhängigen Nichtigkeitsklage abwarten.³⁷² Die *Masterfoods*-Entscheidung wurde Vorbild für die spätere Regelung des Art. 16 VO 1/2003.

In Bezug auf das Beihilfenrecht ergänzte der *EuGH* im Jahr 2013 seine in Sachen *SFEI* gefundene Auslegung des Primärrechts mit der Entscheidung *Lufthansa / Flughafen Hahn* wesentlich, nachdem sich (insbesondere deutsche) Gerichte aufgrund der älteren Rechtsprechung berechtigt sahen, im Rahmen ihrer Entscheidung nach Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV den Begriff der "*Beihilfe*" frei auszulegen.³⁷³ Der *EuGH* nahm nunmehr an, dass der Beschluss über die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens nach Art. 108 Abs. 2 AEUV – auch wenn dieser, was die Auslegung des Begriffs "*Beihilfe*" angehe, in seiner Natur vorläufig sei – von den nationalen Gerichten zu berücksichtigen sei.³⁷⁴ Soweit diese – abweichend vom den Eröffnungsbeschluss der Europäischen Kommission – nicht von einer Beihilfe ausgingen, seien sie zur

³⁷⁰ *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – *SFEI*, Rn. 52f.

³⁷¹ *EuGH*, Urt. v. 14. Dezember 2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 – *Masterfoods*, Rn. 49ff.

³⁷² *EuGH*, Urt. v. 14. Dezember 2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 – *Masterfoods*, Rn. 53ff; ebenso *EuGH*, Urt. v. 12. Februar 2008 – C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79 – *CELF/SIDE*, Rn. 60.

³⁷³ Vgl. bspw. *BVerwG*, Urt. v. 16. Dezember 2012, - 3 C 44/09 – Tierkörperbeseitigung (kritisch dazu *BVerfG*, Urt. v. 29. Oktober 2015 – 2 BvR 1493/11, ECLI:DE:BVerfG:2015:rk20151029.2bvr149311 – Tierkörperbeseitigung, juris, insbes. Rn. 52; *EuGH*, Urt. v. 18. Februar 2016 – C-446/14 P, ECLI:EU:C:2016:97 – Deutschland/Kommission). *Bartosch*, EuZW 2013, 208, 209, versteht auch *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 35f in diesem Sinne, vgl. *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 136/09 - Flughafen Frankfurt-Hahn, Rn. 25.

³⁷⁴ *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755- *Lufthansa / Flughafen Hahn*, Rn. 24ff; bestätigt in *EuGH*, Beschl. v. 4. April 2014 – C-27/13, ECLI:EU:C:2014:240 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, Rn. 20ff; *EuGH*, Urt. v. 15. September 2015 – C-574/14, ECLI:EU:C:2016:686 – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencyjonalna S. A. gegen Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Rn. 33.

Aussetzung ihres Verfahrens verpflichtet und dürften keine Entscheidungen treffen, die dem Eröffnungsbeschluss zuwiderliefen.

3.3 Berücksichtigungspflichten auf der Grundlage des Primärrechts

3.3.1 Einführung

Als Gründe für eine Berücksichtigung der (potentiellen) Entscheidungen der Europäischen Kommission durch die nationalen Gerichte (und Behörden) führte der *EuGH* im Laufe der Entwicklung seiner Rechtsprechung eine Reihe von Argumente und Zielen an. In der *Walt. Wilhelm*-Entscheidung argumentierte er mit dem *effet utile*.³⁷⁵ In den Entscheidungen *BRT-I*, *Delimitis / Henninger Bräu*, *Dijkstra / Friesland*, *TWD* benannte der *EuGH* vor allem den Grundsatz der Rechtssicherheit als wesentliche Grundlage seiner Positionierung. Leitender Gedanke in der Sache *SFEI* war (wie schon in *Delimitis / Henninger Bräu*) das Ziel der Einheitlichkeit der Rechtspraxis. In der *Masterfoods*-Entscheidung stellt der *EuGH* maßgeblich auf das Loyalitätsgebot ab. In der Sache *Lufthansa / Flughafen Hahn* argumentierte der *EuGH* auch mit dem Loyalitätsgebot und stellte erneut auf die praktische Wirksamkeit des Primärrechts ab. In der Literatur werden darüber hinaus als Begründung für eine Berücksichtigungspflicht der Vorrang des Unionsrechts oder auch die Verbindlichkeitsregelung in Art. 288 Abs. 4 AEUV genannt.

Angesprochen sind damit ungeschriebenes Primärrecht (Grundsatz der Rechtssicherheit), geschriebenes Primärrecht (Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 101ff, 107ff, Art. 288 Abs. 4 AEUV), Grundsätze des Unionsrechts (Vorrangregel) und Auslegungsmethoden (*effet utile*).

In der Auseinandersetzung der Literatur mit dieser Rechtsprechung finden sich zur Beschreibung der Wirkung von Beschlüssen der Europäischen Kommission auf die Entscheidungsfindung der nationalen Gerichte bisweilen Ausdrücke wie "Bindungswirkung", "Bindung", "gebunden" etc.³⁷⁶ Auch die Europäische Kommission

³⁷⁵ Andernfalls werde "die Wirkung der Gemeinschaftsordnung beeinträchtigt und die Verwirklichung der Vertragsziele gefährdet".

³⁷⁶ Bspw. *Martin-Ehlers*, EuZW 2017, 312, 316.

nutzt diese Begrifflichkeit,³⁷⁷ ebenso der deutsche Gesetzgeber.³⁷⁸ Autoren wie *Wright*³⁷⁹ oder *Weiß*³⁸⁰ heben zu Recht hervor, dass die Literatur teils solche Begriffe verwendet, ohne dass sie in der in Bezug genommenen EU-rechtlichen Quelle zu finden wären. Die Verwendung solcher Begriffe könnte eine vollständige Abhängigkeit des Gebundenen suggerieren³⁸¹ und damit den Blick darauf verstellen, dass die Bindung u.U. nur beschränkt oder in bestimmter Weise besteht. Aus dieser Warte verbietet sich die Verwendung von Begriffen wie "Bindung" bzw. "Bindungswirkung", wenn diese der untersuchten Quelle nicht entspringen.

Entscheidend ist letztlich, ob überhaupt eine Pflicht der nationalen Gerichte besteht, Beschlüsse oder potentielle Beschlüsse der Europäischen Kommission zu berücksichtigen und – falls diese Frage zu bejahen ist – wie weit diese Pflicht reicht.³⁸² Eine pauschale Antwort verbietet sich hier. Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden der Begriff der "Bindung" nicht verwendet, sondern der der "Berücksichtigungspflicht", deren Tiefe im Folgenden ausgelotet wird.

3.3.2 Begründung einer Berücksichtigungspflicht auf der Grundlage des Primärrechts

(a) Grundsatz der Rechtssicherheit

In der Leitentscheidung *Delimitis / Henninger Bräu*³⁸³ ging der *EuGH* vom Grundsatz der Rechtssicherheit als Begründung dafür aus, dass nationale Gerichte keine zuwiderlaufenden Entscheidungen treffen sollen, was auf die Entscheidung *BRT-I*³⁸⁴

³⁷⁷ *Europäische Kommission*, BZKG101/102, Rn. 8.

³⁷⁸ § 33b, § 33g Abs. 3, S. 1 Nr. 4, § 53 Abs. 5, S. 2 Nr. 6 GWB; Referentenentwurf des *BMWi* zur 9. GWB-Novelle vom 1. Juli 2016, S. 55.

³⁷⁹ *Wright*, S. 187ff.

³⁸⁰ *Weiß*, ZWeR 2015, 364, 374.

³⁸¹ So wohl *Berrisch*, EuZW 2014, 253.

³⁸² *Karpenstein/Dorn*, EuZW 2017, 337, 338, verwenden zur Beschreibung das Begriffspaar "Bindungswirkung" und "Abweichungsverbot".

³⁸³ *EuGH*, Urt. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 - *Delimitis / Henninger Bräu*, Rn. 47.

³⁸⁴ *EuGH*, Urt. v. 30. Januar 1974 – 127/73, ECLI:EU:C:1974:6 - *BRT-I*, Rn. 12ff.

zurückgehen könnte und später auch in *Dijkstra / Friesland*³⁸⁵ und *TWD*³⁸⁶ aufgegriffen wurde.

Der Grundsatz der *Rechtsstaatlichkeit* wurde als ungeschriebener Teil des Gemeinschaftsrechts schon früh anerkannt,³⁸⁷ auch vom *EuGH*,³⁸⁸ gilt heute als in Art. 2 S. 1 EUV positiv in das Primärrecht aufgenommen³⁸⁹ und ist mithin auch für das Unionswettbewerbsrecht von wesentlicher Bedeutung.³⁹⁰ Ein wesentliches rechtsstaatliches Anliegen ist das der *Rechtssicherheit*.³⁹¹ Diese gehört zu den allgemeinen, vom *EuGH* ebenfalls früh anerkannten³⁹² Rechtsgrundsätzen, die als Teil des Primärrechts gelten; nach allgemeiner Auffassung binden diese allgemeinen Rechtsgrundsätze sowohl die Organe der Union, als auch die Organe der Mitgliedstaaten, soweit sie Unionsrecht durchführen.³⁹³

Der Grundsatz der Rechtssicherheit umfasst Fallgruppen wie das Bestimmtheitsgebot, das Rückwirkungsverbot und den Vertrauensschutz, wobei Letzteres vor allem auf den Schutz berechtigter Bürgerinteressen gegen Durchsetzungsinteressen der Union abzielt.³⁹⁴ Im Zusammenhang mit den Entscheidung *Delimitis / Henninger Bräu* und *Dijkstra / Friesland* ging es dem *EuGH* – ohne nähere Begründung – um die

³⁸⁵ *EuGH*, Urt. v. 12. Dezember 1995 – Verbundene Rechtssachen C-319/93, C-40/94 und C-224/94, ECLI:EU:C:1995:433 – *Dijkstra / Friesland*, Rn. 28ff.

³⁸⁶ *EuGH*, Urt. v. 9. März 1994 – C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 – *TWD*, Rn. 16ff, 25; in dem Fall unterstellte der *EuGH*, dass der Beihilfeempfänger "vom Mitgliedstaat über die Entscheidung der Kommission schriftlich in Kenntnis gesetzt worden" war und führte an, dass sich der Empfänger einer Beihilfe auf der Grundlage von Art. 93 EWGV (heute Art. 108 AEUV) gegen eine Entscheidung der Europäischen Kommission, die diese Beihilfe zum Gegenstand hatte, nach Art. 173 Abs. 3 EWGV (heute Art. 263 Abs. 4 AEUV) wehren kann.

³⁸⁷ *Bleckmann*, DVBl. 1976, 483, 485f.

³⁸⁸ *EuGH*, Urt. v. 13. Februar 1979 – 101/78, ECLI:EU:C:1979:38 – *Granaria BV gegen Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten*, Rn. 5.

³⁸⁹ *Schmahl in Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, § 6 Rn. 2.

³⁹⁰ Dessen Bedeutung für den Vollzug des Unionswettbewerbsrechts die Kommissarin *Vestager* hervorhebt; *Vestager*, Competition and the rule of law, Rede anlässlich des zwanzigjährigen Bestehens des rumänischen Wettbewerbsrats vom 18. Mai 2017, veröffentlicht auf ec.europa.eu/commission.

³⁹¹ *Schmahl in Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, § 6 Rn. 39.

³⁹² *EuGH*, Urt. v. 22. März 1961 – 42 und 49/59, ECLI:EU:C:1961:5 – *Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) gegen Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Slg. 1961, 117, 172.

³⁹³ *Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL August 2016, AEUV Art. 288, Rn. 28.

³⁹⁴ *Schmahl in Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, § 6 Rn. 40ff.

Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen, also eher den Aspekt des Vertrauens der Privaten in die Entscheidungslage insgesamt. Letztlich zielte der EuGH hier daher eher auf die im Gemeinschaftsrecht ebenfalls anerkannten und primärrechtlich geschützten rechtsstaatlichen Güter des Rechtsfriedens, der Beständigkeit rechtlicher Beziehungen sowie einer geordneten Rechtspflege³⁹⁵ ab. In der genannten Entscheidung *TWD* verdeutlicht dies der *EuGH*; es diene der Wahrung der Rechtssicherheit, wenn "*Rechtswirkung entfaltendes Gemeinschaftshandeln nicht wieder und wieder in Frage gestellt werden*" kann.³⁹⁶ Letztlich schlägt er damit den Bogen zum Bürgerinteresse zurück, indem verdeutlicht wird, dass die Möglichkeit der Anfechtung eines Beschlusses der Europäischen Kommission vor den Unionsgerichten das Bürgerinteresse ausreichend schütze.

Zuber folgt dem Ansatz des *EuGH* und arbeitet (für das EG-Kartellrecht) heraus, dass für eine Sicherung einer einheitlichen Entscheidungspraxis von Europäischer Kommission und Gerichten auch der (gemeinschaftliche) Grundsatz der Rechtssicherheit ins Feld geführt werden könne.³⁹⁷ *Bartels*³⁹⁸ und *Divivier*³⁹⁹ teilen diese Auffassung. Eine Berücksichtigungspflicht führe zu einer höheren Transparenz der Rechtslage und lasse sich daher (zumindest auch) aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit ableiten.

*Imgrund*⁴⁰⁰ argumentiert dagegen (für das EU-Kartellrecht), dass sich aus diesem Grundsatz kein gesteigertes Vertrauen in die Richtigkeit von Beschlüssen der Europäischen Kommission ergebe, die quasi automatisch durch eine Berücksichtigungspflicht geschützt ist. Ähnlich vertritt es auch *Durner*.⁴⁰¹ Für deren Sichtweise sprechen starke Gründe:

Nach deutschem Verfassungsverständnis bedeutet der Grundsatz der Rechtssicherheit in erster Linie Vertrauensschutz für den Bürger und dient so auch dem Ziel der

³⁹⁵ *EuGH*, Urt. v. 3. September 2009 – C-2708, ECLI:EU:C:2009:506 – Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate gegen Fallimento Olimpiclub Srl, Rn. 22; *EuGH*, Urt. v. 22. Dezember 2010 – C-507/08, ECLI:EU:C:2010:802 – Europäische Kommission/Slowakische Republik, Rn. 55 bis 65; *EuGH*, Urt. v. 11. November 2015 – C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 – Klausner Holz, Rn. 38f.

³⁹⁶ *EuGH*, Urt. v. 9. März 1994 – C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 – *TWD*, Rn. 16.

³⁹⁷ *Zuber*, S. 63f.

³⁹⁸ *Bartels*, S. 172ff.

³⁹⁹ *Divivier*, S. 374ff.

⁴⁰⁰ *Imgrund*, S. 108ff.

⁴⁰¹ *Durner*, EuR 2004, 547, 560.

Vorhersehbarkeit staatlicher Eingriffe.⁴⁰² Auch aus unionsrechtlicher Sicht wird aus dem Grundsatz abgeleitet, dass der Einzelne die geltenden Rechtsgrundlagen klar und sicher erkennen können muss.⁴⁰³

Der Grundsatz der Rechtssicherheit ist mit der Idee des Raums des Rechts aus Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 67 Abs. 1 AEUV eng verbunden,⁴⁰⁴ unter welcher einerseits ein Raum ohne Binnengrenzen, andererseits die Wahrung der Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten angestrebt wird. Auch wenn es sich bei diesen Regelungen eher um Zielnormen als um materielle Regelungen handelt und das Ziel eher eine justizielle Zusammenarbeit ist als übergreifende Aspekte des Rechts,⁴⁰⁵ wird doch deutlich, dass auch der Grundsatz der Rechtssicherheit in einem Spannungsverhältnis steht, welches durch die Binnenmarktidee auf der einen und den dezentralen Vollzug des Unionsrechts auf der anderen Seite gebildet wird.

Der Grundsatz der Rechtssicherheit ist zudem auch nicht zwingend Ausweis eines Gefälles an Verlässlichkeit im Vergleich zwischen Beschlüssen der Europäischen Kommission und Entscheidungen der nationalen Gerichte. Der Umstand, dass die nationalen Gerichte zur unmittelbaren Anwendung von Unionsrecht berufen sind, ist vielmehr gerade der Ausdruck des Vertrauens, den die Unionsrechtsordnung in ihre Kompetenz legt.⁴⁰⁶ Dies spricht dagegen, ausschließlich mit Blick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit eine Berücksichtigungspflicht zu Lasten der nationalen Gerichte abzuleiten und könnte auch der Grund dafür sein, dass der *EuGH* in der *Masterfoods*-Entscheidung nicht mehr maßgeblich auf den Grundsatz der Rechtssicherheit abgestellt hat.⁴⁰⁷

Es wird zudem in Frage gestellt, ob der Grundsatz der Rechtsicherheit, dessen Quelle im Wesentlichen die gemeinsamen Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten sind,

⁴⁰² Vgl. etwa *BVerfG*, Beschl. v. 23. Mai 2016 – 1 BvR 2230/15, ECLI:DE:BVerfG:2016:rk20160523.1bvr223015 – juris, Rn. 57, und *BGH*, Urt. v. 21. Dezember 2011 – VIII ZR 70/08 –, BB 2012, 792, 796.

⁴⁰³ *Streinz* in *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 33; *European Parliament*, Directorate-General for internal Policies, *The General Principles of EU Administrative Procedural Law*, 2015, S. 17; *Ayhan*, S. 161.

⁴⁰⁴ *Weller*, IPRax 2011, 429, 434.

⁴⁰⁵ *Weiβ/Satzger* in *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 68 EUV, Rn. 1, 30.

⁴⁰⁶ Ähnlich *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 28. Februar 2013 – C-681/11, ECLI:EU:C:2013:126 – Schenker, Rn. 94f.

⁴⁰⁷ *Bartels*, S. 155f.

überhaupt als eigene Rechtsquelle dienen kann⁴⁰⁸ oder nicht eher nur als Auslegungsregel des (geschriebenen) Primärrechts zu sehen ist.⁴⁰⁹ Allerdings soll der *EuGH* auch nach dieser Ansicht unter dem Aspekt der Rechtssicherheit zur Rechtsfortbildung berechtigt sein.⁴¹⁰ Zudem, selbst wenn man den Grundsatz der Rechtssicherheit – entgegen der h.M. und der Rechtsprechung des *EuGH* – nicht als Rechtsquelle verstehen wollte, sondern nur als Rechtserkenntnisquelle, die bei der Auslegung des sonstigen Primärrechts heranzuziehen ist, sind im Lichte dieses Grundsatzes Ansätze abzuleiten, die – im Zusammenspiel mit geschriebenem EU-Primärrecht – zu einer Berücksichtigungspflicht führen können:

So lässt sich auch vertreten, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit als Ausprägung des Rechtsstaatlichkeitsgrundsatzes (einschließlich des damit verbundenen Ziels des Rechtsfriedens) eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts zumindest als Ziel vorgibt, wenn nicht – im Grundsatz – sogar verlangt,⁴¹¹ denn eine gleichförmige Beurteilung gleicher Sachverhalte trägt zur Stabilität der Rechtsbeziehungen zwischen den Wirtschaftsteilnehmern und damit zu einem stabilen Fundament für die Wirtschaft im Binnenmarkt (und den einzelnen Mitgliedstaaten) bei.⁴¹² Dies würde auch unterstützt, wenn nationale Gerichte Beschlüsse oder auch nur beabsichtigte Beschlüsse der Europäischen Kommission – zumindest im Grundsatz – berücksichtigten. Es lässt sich zudem argumentieren, dass es der Rechtssicherheit dient, wenn ein von der Europäischen Kommission ausermittelter und einem bestandskräftigen Beschluss tragend zugrunde gelegter Sachverhalt vor den Zivilgerichten nicht mehr in Fragen gestellt werden könnte.

Im Folgenden wird untersucht, ob sich diese Aspekte – im Zusammenspiel mit anderen Vorgaben des Primärrechts – zu einer Pflicht zu maßgeblicher Berücksichtigung (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender gerichtlicher Entscheidungen) verdichten können.

⁴⁰⁸ Verneinend *Rengeling/Kotzur* in *Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union*, § 4 Rn. 6.

⁴⁰⁹ *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL August 2016, AEUV Art. 288, Rn. 28; *Ayhan*, S. 175.

⁴¹⁰ *Rengeling/Kotzur* in *Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union*, § 4 Rn. 6.

⁴¹¹ *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL August 2015, EUV Art. 4, Rn. 54.

⁴¹² *Ayhan*, S. 162, 174f.

(b) Loyalitätsgebot

In der gemeinschaftskartellrechtlichen Entscheidung *Masterfoods*⁴¹³ hat der *EuGH* zur Begründung einer Berücksichtigungspflicht wesentlich auf das Loyalitätsgebot (damals in Art. 10 EG, heute in Art. 4 Abs. 3 EUV kodifiziert) abgestellt und dies mehrfach wiederholt.⁴¹⁴

Das Loyalitätsgebot ist zwar einerseits eine *"wenig genaue Regelung"*, geht aber *"über spezielles Primär- und Sekundärrecht hinaus"* und *"erlaubt ... die richterrechtliche Regelung nicht spezifisch normierter Fragen des Zusammenwirkens"*.⁴¹⁵ Allerdings gilt die Auslegungshoheit des *EuGH* als begrenzt und wird bei diesem die Verpflichtung gesehen, *"die nationale Identität der Mitgliedstaaten und deren grundlegende Staatsfunktionen zu achten"*, was im Grundsatz auch das Prozessrecht beinhaltet.⁴¹⁶ Deswegen mag Art. 4 Abs. 3 EUV die Mitgliedstaaten zu einer effektiven Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts verpflichten,⁴¹⁷ liegt es aber nicht auf der Hand, dass sich aus dem Loyalitätsgebot tatsächlich eine Pflicht nationaler Gerichte zu maßgeblicher Berücksichtigung (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission zu Lasten der nationalen Gerichte ergibt.

Zunächst zum Wortlaut: Art. 4 Abs. 3, zweiter und dritter UA EUV scheint auch Bedeutung für die nationalen Zivilgerichte als Teil der Mitgliedstaaten zu haben (soweit ihnen innerstaatlich diese Verantwortung zugewiesen ist). Nach dieser Regelung haben die *"Mitgliedstaaten ... alle geeigneten Maßnahmen ... zur Erfüllung der Verpflichtungen"* zu ergreifen, *"die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben"*. Zudem sollen sie die EU *"bei der Erfüllung ihrer Aufgabe"* unterstützen und *"alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten"* unterlassen. Allerdings ist das Loyalitätsgebot weit

⁴¹³ *EuGH*, Urt. v. 14. Dezember 2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 – *Masterfoods*, Rn. 49ff.

⁴¹⁴ Zum Beihilfenrecht vgl. etwa *EuGH*, Urt. v. 26. Oktober 2016 – C-590/14 P, ECLI:EU:C:2016:797 – *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) gegen Europäische Kommission*, Rn. 105; *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 – *Lufthansa / Flughafen Hahn*, Rn. 24ff; zum Zollrecht vgl. *EuGH*, Urt. v. 20. November 2008 – C-375/07, ECLI:EU:C:2008:645 – *Heuschen & Schrouff*, Rn. 66ff.

⁴¹⁵ *von Bogdany/Schill in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL August 2015, EUV Art. 4, Rn. 55; *Brohm*, S. 114.

⁴¹⁶ *Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL August 2015, EUV Art. 4, Rn. 45, 56.

⁴¹⁷ *Harnos*, ZWeR 2016, 284, 306.

formuliert und im Sinne einer gleichberechtigten, gegenseitigen Zusammenarbeitspflicht gefasst und gibt für sich gerade kein Hierarchiegefälle zu Gunsten der Europäischen Kommission vor.⁴¹⁸

Dennoch findet der *EuGH*, soweit er aus Art. 4 Abs. 3 EUV eine Pflicht der nationalen Gerichte ableitet, Beschlüsse der Europäischen Kommission maßgeblich (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) zu berücksichtigen, in der Literatur Zustimmung.⁴¹⁹ *Sura* leitet aus der Loyalitätspflicht (für das EU-Kartellrecht) ein hochrangiges "*Kohärenzgebot*" ab.⁴²⁰ Ähnlich argumentiert (ebenfalls für das EU-Kartellrecht) *Bartels*.⁴²¹ Art. 10 EG (heute Art. 4 Abs. 3 EUV) sei auch für die nationalen Gerichte verbindlich und unmittelbar anwendbar. Aus der Entscheidung *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*⁴²² ergebe sich, dass es zum Schutzbereich des Loyalitätsgebots gehöre, "*die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung in der gesamten Gemeinschaft zu gewährleisten*".⁴²³

Die Rechtsprechung des *EuGH* wurde bzw. wird allerdings auch kritisiert. So hat der *BGH* (bezogen auf das Beihilfenrecht) zeitweise die Auffassung vertreten, die Gerichte könnten unabhängig von der Positionierung des *EuGH* entscheiden.⁴²⁴ Das *BVerwG* lehnt (bezogen auf Beschlüsse, die nur eine vorläufige Bewertung beinhalten) bis heute die Sichtweise ab, dass sich aus dem Loyalitätsgebot eine "Bindungswirkung" ergibt.⁴²⁵ Zweifel finden sich auch in der Literatur. *Rennert* etwa sieht (in Bezug auf die Frage der Auslegung des Begriffs der "*Beihilfe*") kein größeres Gewicht der Auffassung der

⁴¹⁸ Ebenso *Rennert*, DVBl. 2014, 669, 675.

⁴¹⁹ *Sonder*, ZeuS 2014, 361ff.

⁴²⁰ *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 2.

⁴²¹ *Bartels*, S. 170ff.

⁴²² *EuGH*, Urt. v. 21. Februar 1991 – Verbundene Rechtssachen C-143/88 und C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65 – *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, Rn. 26.

⁴²³ Ähnlich *Divivier*, S. 373.

⁴²⁴ *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 – Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 36f; *BGH*, Beschl. v. 13. September 2012 – III ZB 3/12 – juris, Rn. 8ff; vgl. auch *Martin-Ehlers*, EuZW 2014, 247, 250. Hiervon ist der *BGH* allerdings wieder abgerückt; *BGH*, Urt. v. 6. Mai 2015 – VIII ZR 56/14 – juris, Rn. 36.

⁴²⁵ *Held-Daab*, jurisPR-BVerwG 3/2017, Anm. 2. Bei bestandskräftigen Beschlüssen erkennt das *BVerwG* dagegen das Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen an, bezieht sich dabei allerdings auf Art. 288 Abs. 4 AEUV; *BVerwG*, Beschl. v. 19. September 2016 – 3 C 22/15, ECLI:DE:BVerwG:2016:190916B3C22.15.0 – Tierkörperbeseitigung, juris, Rn. 2.

Europäischen Kommission verglichen mit der der nationalen Gerichte.⁴²⁶ *Durner*⁴²⁷ unterstellt dem *EuGH* eine "*stark voluntativ geprägten Rechtsfortbildung*". Er räumt zwar ein, dass dogmatische Kritik der Rechtsprechung schwierig sei. Gleichzeitig hebt er aber hervor, dass es verwundere, einen Rechtsverstoß der nationalen Gerichte darin zu sehen, dass sie Unionsrecht unabhängig anwenden. *Durners* Position fügt sich in die Kritik ein, dass die Auslegungsmethodik des *EuGH* nicht verhindert, dass "*subjektive Wert- und Ordnungsvorstellungen*" der Unionsrichter bei der Bestimmung des Telos einer Norm einfließen, für deren Anwendung im konkreten Fall oft nur wenige Anhaltspunkte zur Verfügung stehen.⁴²⁸

Nachdem es mit Blick auf Art. 10 EG noch umstritten war, ob dieser unmittelbare Wirkung hat, gilt dies mit Blick auf Art. 4 Abs. 3 EUV als anerkannt.⁴²⁹ Das Loyalitätsgebot wird als Grundprinzip einer föderativen Ordnung begriffen.⁴³⁰ Dabei gilt es gerade als wesentliches – im Vergleich zu Art. 10 EG neu aufgenommenes – Merkmal des Art. 4 Abs. 3 EUV, dass dieser die "*gegenseitige Achtung und Unterstützung ... der jeweils eigenen Handlungssphären im Verbund aus Union und Mitgliedstaaten*" hervorhebt, ein Prinzip, welches wiederum auf die Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 10 EG zurückgeführt werden kann.⁴³¹ Es erscheint vor diesem Hintergrund auf den ersten Blick nicht sicher, dass Art. 4 Abs. 3 EUV eine Pflicht zu maßgeblicher Berücksichtigung gefasster oder gar nur beabsichtigter Beschlüsse der Europäischen Kommission zu entnehmen ist. Dort scheint nicht angelegt zu sein, dass die Europäische Kommission tatsächlich das bessere Entscheidungsorgan ist.

Tatsächlich bescheinigt selbst die Europäische Kommission den mitgliedstaatlichen Gerichten (und Wettbewerbsbehörden) neben ihr eine "*zentrale Rolle bei der Durchsetzung der EU-Wettbewerbsvorschriften*" zu haben, was dazu geführt habe, dass diese "*in einer gründlicheren und wirksamen Weise*" angewandt worden seien,

⁴²⁶ *Rennert*, DVBl. 2014, 669, 673.

⁴²⁷ *Durner*, EuR 2004, 547, 561.

⁴²⁸ *Dausen* in *Dausen*, EU-Wirtschaftsrecht, 40. EL, Juni 2016, P.II. Rn. 99.

⁴²⁹ *Streinz* in *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 4 EUV, Rn. 27.

⁴³⁰ *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL August 2015, EUV Art. 4, Rn. 1.

⁴³¹ *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL August 2015, EUV Art. 4, Rn. 51.

als es andernfalls möglich gewesen wäre.⁴³² Das *EuG* verwies erst kürzlich Unternehmen, die sich erfolglos vor der Europäischen Kommission wegen eines angeblichen kartellrechtlichen Fehlverhaltens eines anderen Unternehmens beschwert hatten, auf die Zuständigkeit der nationalen Gerichte zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts.⁴³³

Gegen eine Leitfunktion der Europäischen Kommission spricht auch ihre in den Verträgen angelegte Doppelfunktion als Verwaltungsbehörde auf der einen und politischen Einheit auf der anderen Seite. Diese wird gerade im Wettbewerbsrecht deutlich, welches die Europäische Kommission (zumindest in der gegenwärtigen Zusammensetzung) als Mittel zur Durchsetzung politischer Ziele zu verstehen scheint.⁴³⁴ Es liegt nicht auf der Hand, dass Beschlüsse, die vor diesem Hintergrund

⁴³² Europäischen Kommission, Bericht Kom 2015, S. 16f; *Vestager* (Kommissarin für Wettbewerb), Competition and the rule of law, Rede anlässlich des zwanzigjährigen Bestehens des rumänischen Wettbewerbsrats vom 18. Mai 2017, veröffentlicht auf ec.europa.eu/commission: "*These days, 85% of the decisions that apply [EU competition rules] are taken not by the Commission, but by national authorities.*" (ebenso Bericht Kom 2016 SWP S. 14 und zuvor Bericht Kom 2016 SWP S. 32)

⁴³³ *EuG*, Urt. v. 16. Mai 2017 – T-480/15, ECLI:EU:T:2017:339 – *Agria Polska sp. z o.o. u. a. gegen Europäische Kommission*, Rn. 80f, 84.

⁴³⁴ *Soltész*, NJW 2014, 3128f, weist darauf hin, dass die Europäische Kommission "über die Hintertür des EU-Beihilferechts in zahlreiche Rechtsmaterien" hineinregiert und nennt als betroffen nicht nur "direkte Zuschüsse", sondern "alle möglichen wirtschaftlichen Vorteile, die den Wettbewerb verzerren können", bspw. "staatliche Garantien, Steuererleichterungen, günstige Kredite, Kapitalzuführungen, Zahlungsaufschübe, vorteilhafte Lieferverträge, günstige Gebührengestaltungen, Grundstücksverkäufe unter Marktwert, Privatisierungen zum Vorzugspreis, besondere gesetzliche Privilegien, günstige Aufträge, Ökostuerbefreiungen, die kostenlose Zuteilung von Emissionszertifikaten, die Befreiung von einer Umlage sowie rein faktische Begünstigungen"; *Soltész* suggeriert in *EuZW* 2018, 60, sogar eine Überschreitung ihrer Kompetenzen durch die Europäische Kommission, während er in *EuZW* 2016, 87, 94, eine leichte Gegenbewegung konstatiert: Die "Unionsgerichte scheinen erkannt zu haben, dass das Wohlergehen der EU nicht allein davon abhängt, dass man staatliche Maßnahmen um jeden Preis unter Art. 107 AEUV subsummiert". Vgl. dazu auch *Gundel*, EWS 2016, 301, 305f.

Im Auftragsschreiben des Präsidenten der Europäischen Kommission *Juncker* an die Kommissarin für Wettbewerb *Vestager* vom 1. November 2014 wird diese auf S. 3f u.a. damit beauftragt: "*Mobilising competition policy tools ... so that they can contribute, as appropriate, to our jobs and growth agenda, including areas such as the digital single market, energy policy, financial services, industrial policy and the fight against tax evasion.*" (Den Hinweis auf diese Fundstelle verdankt der Autor einem Vortrag von *Podszun* auf dem International Forum on EU Competition Law der Studienvereinigung Kartellrecht am 11. März 2016.) Vgl. dazu auch *Brauneck*, *EuR* 2016, 724, 742ff, sowie *Laitenberger* (Generaldirektor, GD Wettbewerb) *State aid modernisation: The benefits of working more closely together*, Rede beim High Level Forum of Member States am 28. Juni 2017, Umdruck der Europäischen Kommission, S. 3, der sowohl der Erreichung von "broader objectives" das Wort redet, als auch die strikte Beachtung des Rechts hervorhebt.

immer unter dem Verdacht stehen müssen, (auch) politisch motiviert zu sein, in einem Verfahren der nationalen Zivilgerichte berücksichtigt werden müssen.

Gegen eine Leuchtturmfunktion der Europäischen Kommission spricht zudem, dass umstritten ist, ob diese bei der Anwendung des Unionsrechts den "richtigen" Zielen folgt. So wird vertreten,⁴³⁵ dass die Europäische Kommission mit der Einführung des *more economic approach* unter dem Kommissar *Monti* ausschließlich auf die Kundenwohlfaht als das Ziel des Unionskartellrecht abstellte (bzw. im Rahmen des Art. 102 AEUV ihre Prioritäten danach ausrichtete), während der *EuGH* bei einer breiteren Auffassung der Ziele des Wettbewerbsrechts verblieb.⁴³⁶ Unabhängig davon, ob dieser⁴³⁷ oder andere Vorwürfe falscher Zielverfolgung⁴³⁸ richtig sind, zeigen diese, dass es zumindest denkbar ist, dass die – politisch gesteuerte – Europäische

⁴³⁵ Witt, S. 34ff; *Deutscher/Makris*, The Competition Law Review, Volume 11 Issue 2, S. 181, 196f, 214.

⁴³⁶ *EuGH*, Urt. v. 6. Oktober 2009 – verb. Rs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610 – *GlaxoSmithKline*, Rn. 63: "Zum anderen hat der Gerichtshof entschieden, dass Art. 81 EG, wie auch die übrigen Wettbewerbsregeln des Vertrags, nicht nur dazu bestimmt ist, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen. Daher setzt die Feststellung, dass mit einer Vereinbarung ein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wird, nicht voraus, dass dadurch den Endverbrauchern die Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs hinsichtlich der Bezugsquellen oder der Preise vorenthalten werden."

⁴³⁷ Im Entwurf RL ECN+ (S. 2, 7, 15f, 25, 37) könnte man eine etwas verbreiterte Zielauffassung der Europäischen Kommission sehen. Vgl. *Brauneck*, EuR 2016, 724, 747ff, der zudem vertritt, dass die Zielsetzung der Wettbewerbskommissarin *Vestager* nicht vollständig deckungsgleich mit der der Kommission (im Ganzen) sei. Zu den mit dem Wettbewerbsrecht verbundenen Zielvorstellungen siehe etwa *Vestager*, *One year on: Reflections on the foundations of EU competition policy*, Rede vor der International Chamber of Commerce in Kopenhagen vom 5. November 2015, *Competition and the rule of law*, Rede anlässlich des zwanzigjährigen Bestehens des rumänischen Wettbewerbsrats vom 18. Mai 2017, beide veröffentlicht auf ec.europa.eu/commission, *Vestager*, NZKart 2017, 205 und 206, sowie *Laitenberger* (Generaldirektor, GD Wettbewerb), NZKart 2017, 89ff, und in *The many dividends of keeping markets open, fair and contestable*, Rede beim International Competition Law Forum am 27. April 2017, Umdruck der Europäischen Kommission, S. 2ff.

⁴³⁸ Der Abgeordnete des Europäischen Parlaments *Adam Szejnfeld* (PPE) warf der Europäischen Kommission mit der Anfrage E-003742/2017 vom 6. Juni 2017 implizit vor, das Beihilfenrecht weniger zu Lasten der "alten" 15 Mitgliedstaaten einzusetzen, als gegenüber den neuen, osteuropäischen Staaten; Beschwerden über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung würden ebenso länderspezifisch disproportional zurückgewiesen. Die Kommissarin für Wettbewerb *Vestager* wies im Namen der Europäischen Kommission den Vorwurf ungleicher Behandlung in der zugehörigen Antwort vom 8. August 2017 zurück. *Jennert*, EU-Beihilferechtliche Risiken der Auslastung kommunaler Infrastrukturen, Vortrag vom 26. September 2017. 9. Speyerer Europarechtstage, weist darauf hin, dass die Europäische Kommission abweichend von Art. 3 Abs. 3 AEUV i.V.m. Protokoll Nr. 27 in der Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Modernisierung des EU-Beihilfenrechts, COM(2012) 209 final v. 8. Mai 2012 (vgl. dort Rn. 5) die Konsolidierung öffentlicher Haushalte als Ziel des Beihilfenrechts begreift.

Kommission das Unionsrecht mit Zielvorstellungen betreibt, die nicht zwingend seinem Gehalt entsprechen müssen.

Für eine Leuchtturmfunktion der Europäischen Kommission kann man dagegen ins Feld führen, dass diese mit ihrer starken personellen Besetzung im juristisch-ökonomischen Bereich besser geeignet ist, EU-wettbewerbsrechtliche Fälle zu entscheiden.⁴³⁹ Allerdings bedeuten größere personelle Ressourcen nicht zwingend, dass diese zu besseren Entscheidungen verhelfen. Zudem ist dies ein rein faktisches Argument und nicht zwingend auf der Ebene des Primärrechts angelegt. Darüber hinaus steht dieser Argumentation entgegen, dass, soweit das EU-Recht durch die nationalen Zivilgerichte anwendbar ist, auch dort beträchtliche Kompetenzen vorgehalten werden. So stehen z.B. in Deutschland in den meisten Fällen zwei Sachinstanzen und eine Rechtsmittelinstanz zur Verfügung,⁴⁴⁰ die bei EU-rechtlichen Zweifelsfragen nach Art. 267 AEUV auf den *EuGH* und nach Art. 4 Abs. 3 EUV (konkretisiert durch Art. 15 VO 1/2003 und Art. 29 VO 2015/1598) auf die Europäische Kommission im Wege der Konsultation zurückgreifen können.⁴⁴¹ Im Rahmen der loyalen Zusammenarbeit wäre es daher durchaus denkbar, solchen Gerichten eine verantwortungsvolle, selbständige Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Frage zuzutrauen, ohne dass es einer Berücksichtigungspflicht bedarf,⁴⁴² zumal deren Unabhängigkeit auch politisch als wichtiges Gut begriffen werden kann.⁴⁴³

Allerdings hat die Europäische Kommission nach Art. 17 EUV die Aufgabe, die Interessen der EU zu fördern, für die Anwendung der Verträge zu sorgen und die "Anwendung des Unionsrechts unter der Kontrolle des Gerichtshofs der Europäischen Union" zu überwachen. Damit wird sie – wenn ihr auch keine Weisungsbefugnis gegenüber den mitgliedstaatlichen Gerichten zugewiesen ist⁴⁴⁴ – als "Hüterin der

⁴³⁹ *Weitbrecht*, WuW 2017, 244; v. *Oppen/Schmeichel*, NVwZ 2017, 974.

⁴⁴⁰ Welche bezogen auf das Kartellrecht durch §§ 87, 89 GWB auf die Materie spezialisiert sind.

⁴⁴¹ S.u. Kapitel 7 (ab Seite 307).

⁴⁴² Vor diesem Hintergrund ist die Weigerung mancher deutscher Gerichte, Beschlüsse der Europäischen Kommission zu berücksichtigen, nachvollziehbar und entgegen *Martin-Ehlers*, EuZW 2014, 721, 722, kein "trauriges Bild".

⁴⁴³ *Juncker* (Präsident der Europäischen Kommission), *State of the Union Address 2017*, Rede vor dem Europäischen Parlament am 13. September 2017: "... to undermine the independence of national courts, is to strip citizens of their fundamental rights."

⁴⁴⁴ S.o. 2.3 (ab Seite 29); *Brohm*, S. 101ff.

Verträge" verstanden,⁴⁴⁵ der im System des Wettbewerbsrechts die Rolle eines "*primus inter pares*" zukommt,⁴⁴⁶ welcher die Aufgabe der "*Förderung des gesamteuropäischen Interesses*"⁴⁴⁷ hat. Dass sie dabei – wie oben angesprochen – politisch motiviert handelt, kann auch als Selbstverständlichkeit begriffen werden.⁴⁴⁸

Unter diesem Blickwinkel ist der Sichtweise zuzustimmen, dass der Europäischen Kommission bei der Durchführung des Unionsrechts eine besondere Rolle zukommt. Legt man zudem den Grundsatz der Rechtssicherheit Art. 4 Abs. 3 EUV als Auslegungsregel zugrunde⁴⁴⁹ und versteht man dies als Mittel zur Erreichung der Unionsziele eines einheitlichen Binnenmarktes und eines Raums des Rechts (Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 67 Abs. 1 AEUV),⁴⁵⁰ welche eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts zumindest als Ziel vorgibt,⁴⁵¹ lässt sich sehr wohl vertreten, dass sich aus dem Loyalitätsgebot die Pflicht der nationalen Gerichte ergibt, Beschlüsse der Europäischen Kommission oder auch nur die Absicht der Europäischen Kommission zu bestimmten Beschlüssen maßgeblich, d.h. i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen, zu berücksichtigen,⁴⁵² um "*praktische Konkordanz und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung der Union*"⁴⁵³ zu erreichen. Es lässt sich zudem argumentieren, dass es dem Loyalitätsgebot i.V.m. dem Gedanken der Rechtssicherheit entspricht, wenn auch ein von der Europäischen Kommission ausermittelter und einem Beschluss tragend zugrunde gelegter Sachverhalt von den

⁴⁴⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 7. August 2017 - 6 B 3.17, ECLI:DE:OVGBEBB:2017:0804.6B3.17.00 – juris, Rn. 5; *Kamann/Horstkotte*, WuW 2001, 458ff, III.3.; *Schneider* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 1; so auch das Selbstbild der Europäischen Kommission, Weißbuch 81/82, Rn. 83; Bericht Kom 2015 SWP, S. 14.

⁴⁴⁶ *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 3.

⁴⁴⁷ *Laitenberger/Liefländer*, EuZW 2017, 281, 282 (Laitenberger ist Generaldirektor, Liefländer Referent der GD Wettbewerb der Europäischen Kommission).

⁴⁴⁸ *Thomas*, NZKart 2017, 489: "... the competition laws are not a monolithic set of rules which can be applied in a political vacuum."

⁴⁴⁹ *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL August 2016, AEUV Art. 288, Rn. 28; *Ayhan*, S. 175.

⁴⁵⁰ *Weller*, IPRax 2011, 429, 434.

⁴⁵¹ *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL August 2015, EUV Art. 4, Rn. 54.

⁴⁵² In der jüngeren Literatur wird denn im Kontext des EU-Wettbewerbsrecht kaum noch in Frage gestellt, ob Art. 4 Abs. 3 EUV eine Berücksichtigungspflicht im Grundsatz zu entnehmen ist; so auch bereits *Durner*, EuR 2004, 547, 562.

⁴⁵³ *Laitenberger/Liefländer*, EuZW 2017, 281, 282.

Zivilgerichten maßgeblich (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) berücksichtigt wird. Damit wird das Loyalitätsgebot seiner *"Konfliktvermeidungsfunktion"*⁴⁵⁴ gerecht.

Es lässt sich allerdings vertreten, dass sich das Loyalitätsgebot nur im Kontext mit dem materiellen Primärrecht zu derart konkreten Pflichten verdichten kann.⁴⁵⁵ Auch deshalb wird dieses im folgenden Unterabschnitt (c) weiter beleuchtet.

(c) Spezifisches EU-Wettbewerbsrecht

(i) Art. 101 bis 105 AEUV

Art. 101 bis 105 AEUV enthalten keine Normen, die die Beziehung zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Zivilgerichten ausdrücklich regeln. Allerdings lässt sich die Frage stellen, ob sich aus den Kompetenzzuweisungen in Art. 104, 105 AEUV dennoch eine Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission ableiten lässt.

Art. 104 AEUV enthält eine Übergangsvorschrift bis zum Inkrafttreten der gemäß Art. 103 AEUV zu erlassenden Vorschriften. Die Norm (bzw. die Vorgängerregelungen in den früheren Verträgen) weist den mitgliedstaatlichen *"Behörden"*⁴⁵⁶ Kompetenzen (allein) zu, wobei – vom Wortlaut her – offen bleibt, ob damit auch die ordentlichen Gerichte (Zivilgerichte) mit erfasst sein sollen. Es wird aber deutlich, dass sekundärrechtliche Regelungen des EU-Rechts die Kompetenzzuweisung des Art. 104 AEUV verdrängen können sollen. Art. 104 AEUV hat heute kaum noch Bedeutung, da der Rat (derzeit mit der VO 1/2003) von seinen Kompetenzen nach Art. 103 AEUV weitgehend Gebrauch gemacht hat.

Nach Art. 105 AEUV soll die Europäische Kommission *"unbeschadet des Artikels 104"* auf *"die Verwirklichung der in den Artikeln 101 und 102 niedergelegten Grundsätze"* achten. Nach Art. 105 Abs. 1 Satz 2 AEUV soll sie auf Antrag eines Mitgliedstaats oder v.A.w. Zuwiderhandlungen untersuchen und dies *"in Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, die ihr Amtshilfe zu leisten haben"*. Schließlich soll die Europäische Kommission, wenn sie eine Zuwiderhandlung feststellt, zu deren Abstellung *"geeignete Mittel"* vorschlagen können. Aus Art. 105 Abs. 2 AEUV geht zudem hervor, dass die Europäische Kommission die *"Mitgliedstaaten ermächtigen"*

⁴⁵⁴ Klamert, EuZW 2017, 131, 135.

⁴⁵⁵ Robertson, ZöR 2015, 351, 354; ähnlich auch schon Hatje, S. 60f.

⁴⁵⁶ *"autorités"*; *"authorities"*.

kann, "die erforderlichen Abhilfemaßnahmen zu treffen, deren Bedingungen und Einzelheiten sie festlegt." Bis heute wird – trotz faktisch vorrangiger Anwendung der VO 1/2003 – in Art. 105 AEUV eine grundlegende Befugnis der Europäischen Kommission gesehen, unternehmerisches Handeln kartellrechtlich zu überwachen⁴⁵⁷ und die Ausrichtung der EU in diesem Bereich zu bestimmen.⁴⁵⁸ Schließlich kann die Europäische Kommission nach Art. 105 Abs. 3 AEUV GVOen zu Gruppen von Vereinbarungen erlassen, zu denen der Rat eine Verordnung oder Richtlinie erlassen hat.

Eine Pflicht der nationalen Gerichte, Beschlüsse der Europäischen Kommission zu berücksichtigen, ist dem Wortlaut der Art. 101 bis 105 AEUV nicht zu entnehmen und war bei ihrer Schaffung auch nicht beabsichtigt.⁴⁵⁹ Mit Wortlaut- oder historischer Auslegung ist eine Berücksichtigungspflicht damit nicht abzuleiten.

Dennoch ist festzustellen, dass das Primärrecht der Europäischen Kommission dauerhaft (Art. 105 AEUV),⁴⁶⁰ den Behörden der Mitgliedstaaten dagegen nur für eine Übergangszeit, vorbehaltlich einer anderweitigen, sekundärrechtlichen Regelung (Art. 104 AEUV), eine Durchführungszuständigkeit zugewiesen hat. Zudem kommt der Europäischen Kommission eine gewisse Überwachungsfunktion (Art. 105 Abs. 1 Satz 1 AEUV) sowie – durch das Recht, Beschlüsse zu veröffentlichen (Art. 105 Abs. 2 Satz 2, erste Alt. AEUV) – auch eine gewisse Leuchtturmfunktion zu. Dementsprechend wird in Art. 105 AEUV der Ausweis einer "kontrollierten Dezentralisierung" gesehen, bei der der Europäischen Kommission besondere Rechte zukommen, um auf Rechtssicherheit hinzuwirken.⁴⁶¹ Systematisch gibt es damit zumindest ein Indiz, welches für eine Berücksichtigungspflicht spricht.

⁴⁵⁷ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 19. September 2013 – verbundene Rechtssachen C-231/11 P bis C-233/11 P, ECLI:EU:C:2013:578 – Siemens, Rn. 51; *Eilmansberger* in *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 105 AEUV, Rn. 5.

⁴⁵⁸ *EuG*, Urt. v. 11. Januar 2017 – T-699/14, ECLI:EU:T:2017:2 – Topps Europe Ltd gegen Europäische Kommission, Rn. 62: "*The Commission, entrusted by Article 105(1) TFEU ... is responsible for defining and implementing the orientation of EU competition policy.*"

⁴⁵⁹ *Bartels*, S. 21: Bei der Schaffung des primärrechtlichen Kartellrechts im Rahmen des EWG standen "Fragen nach der Gewährleistung einer kohärenten Anwendung des zu schaffenden gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts nicht an exponierter Stelle und auch die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen zwischen Kommission und nationalen Gerichten wurde nicht erörtert." Die primärrechtlichen gesetzten Grundsätze sollten vielmehr "durch Verordnungen und Richtlinien weiterentwickelt werden".

⁴⁶⁰ *Brauneck*, EWS 2017, 199, 201ff.

⁴⁶¹ *Korte* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, Art. 105 AEUV, Rn. 4

Der *EuGH* hat zu Gunsten einer Berücksichtigungspflicht auch mit dem *effet utile* argumentiert. Dem könnte entgegengehalten werden, dass eine autonome Anwendung des EU-Kartellrechts durch die nationalen Gerichte nicht unbedingt dessen praktische Wirksamkeit beschränkt. Zumindest in Deutschland, wo es bereits auf der Ebene der Landgerichte spezialisierte Gerichte und Kammern gibt, wo die Bundesländer die kartellrechtliche Kompetenz der Oberlandesgerichte bei speziellen Kartellsenaten konzentrieren und wo auch der *BGH* einen Kartellsenat aufweist und mit Art. 267 AEUV ggf. eine Vorlagepflicht zum *EuGH* hat, scheint das Argument möglich, dass die praktische Wirksamkeit des EU-Kartellrechts auch bei autonomen Entscheidungen durch die nationalen Gerichte gewahrt werden kann, wenn keine Berücksichtigungspflicht bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission besteht. Allerdings gilt das Unionsrecht in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen und kann eine etwaig unterschiedliche Qualität der Gerichte nicht zu Unterschieden in der Berücksichtigungspflicht führen. Zudem verhindert auch eine Spezialisierung der Gerichte, wie sie in Deutschland vorgesehen ist, nicht, dass die unteren Instanzen – ggf. ohne Vorlage(pflicht) zum *EuGH* – Entscheidungen auf der Grundlage der Art. 101, 102 AEUV treffen, die von der Praxis der Europäischen Kommission abweicht, welche mehr Personal mit wirtschaftlichem und juristischen Sachverstand einsetzen kann, als dies bei gerichtlichen Kammern und Senaten der Fall ist. Wenn dies auch nicht zwingend bedeutet, dass die Europäische Kommission auf dieser Grundlage die qualitativ besseren Entscheidungen fällt, besteht doch eine gewisse – faktische – Vermutung, dass Beschlüsse der Europäischen Kommission Elemente enthalten können, welche berücksichtigungswert sind, gerade weil ihr primärrechtlich eine zentrale Position zugewiesen ist. Damit lässt sich vertreten, dass auch auf der Grundlage des *effet utile*-Gedankens eine Pflicht der nationalen Gerichte, Beschlüsse der Europäischen Kommission grundsätzlich zu berücksichtigen, angenommen werden kann.

Zudem lässt sich auch auf der Grundlage des Gedankens des *effet utile* argumentieren, dass ein von der Europäischen Kommission als (aus primärrechtlicher Sicht) zentraler Behörde ausermittelter und einem bestandskräftigen Beschluss tragend zugrunde gelegter Sachverhalt vor den Zivilgerichten nicht mehr in Frage gestellt werden können sollte.

Gleiches gilt auch für beabsichtigte Beschlüsse; gerade wenn die Europäische Kommission einen bestimmten Sachverhalt zum Gegenstand eines Beschlusses machen will, ist es im Sinn der praktischen Wirksamkeit des Unionskartellrechts, wenn die nationalen Gerichte die Absicht der Europäischen Kommission zu einem solchen Beschluss berücksichtigen.

Dies lässt sich auch für das Fusionskontrollrecht vertreten, welches zwar primärrechtlich nicht geregelt ist, welches aber auf Art. 101, 102 AEUV basiert.⁴⁶²

(ii) Art. 107, 108 AEUV

Die Art. 107, 108 AEUV weisen nach ihrem Wortlaut ausschließlich der Europäischen Kommission Durchführungszuständigkeiten zu. Noch stärker als im Unionskartellrecht ist damit im Bereich des Beihilfenrechts systematisch ein Indiz gegeben, welches für eine Leuchtturmfunktion der Beschlüsse der Europäischen Kommission spricht. Der bereits erwähnte Gedanke des *effet utile* greift hier noch einmal deutlicher, denn für das Beihilfenrecht gibt es etwa in Deutschland keine spezialisierten Gerichte und ist die Praxis der Europäischen Kommission damit noch einmal mehr von herausgehobener Bedeutung. Schließlich ist hier der Tätigkeitsbereich der Gerichte stärker beschränkt (auf Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV). Damit lässt sich im Beihilfenrecht noch stärker als im Unionskartellrecht argumentieren, dass auch auf der Grundlage des *effet utile*-Gedankens eine Pflicht der nationalen Gerichte, Beschlüsse (und beabsichtigte Beschlüsse) der Europäischen Kommission zu berücksichtigen, angenommen werden kann.

(iii) Art. 106 AEUV

Art. 106 AEUV ist sowohl im Bereich des Unionskartell-, als auch im Bereich des Beihilfenrechts von Bedeutung. Auch diese Norm erwähnt ausschließlich zu Gunsten der Europäischen Kommission Durchführungszuständigkeiten und enthält keine Regelung, ob die nationalen Gerichte Beschlüsse der Europäischen Kommission zu berücksichtigen haben. Gleichwohl lässt sich auch hier unter Berücksichtigung des Gedankens der praktischen Wirksamkeit argumentieren, dass den Beschlüssen (und beabsichtigten Beschlüssen) der Europäischen Kommission eine Wirkung zukommt, die nationale Gerichte verpflichtet, diese zu berücksichtigen.

(d) Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV

Art. 288 Abs. 4 AEUV sieht vor, dass Beschlüsse in alle Teile verbindlich, adressatengerichtete Beschlüsse nur für die Adressaten verbindlich sind. Im EU-

⁴⁶² S.o. 2.2.2(f)(i) (ab Seite 27).

Wettbewerbsrecht sind von besonderer Bedeutung die adressatengerichteten Beschlüsse nach Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV, die im Folgenden betrachtet werden.⁴⁶³

(i) Bedeutung der Adressatenstellung

Das EU-Wettbewerbsrecht kennt keine Konstellationen, in denen nationale Gerichte Adressaten von Beschlüssen der Europäischen Kommission sind; auch allgemein gilt, dass Beschlüsse der Europäischen Kommission nicht an bestimmte Einrichtungen eines Mitgliedstaats gerichtet werden können.⁴⁶⁴ Kehrseite hiervon ist allerdings, dass mitgliedstaatengerichtete Beschlüsse alle Organe des Mitgliedstaats erfassen, auch die Gerichte.⁴⁶⁵ Damit ergibt sich im EU-Wettbewerbsrecht eine Verbindlichkeit von Beschlüssen der Europäischen Kommission v.a. im Bereich des Beihilfenrechts, denn dort sind die Beschlüsse in der Regel mitgliedstaatengerichtet (Art. 31 Abs. 2 VO 2015/1589).

Die meisten Beschlüsse im EU-Kartell- und -Fusionskontrollrecht sind dagegen an Unternehmen und nicht an die Mitgliedstaaten gerichtet. Daher wird eine Berücksichtigungspflicht aus Art. 288 Abs. 4 AEUV teilweise abgelehnt.⁴⁶⁶ Es kann allerdings nicht negiert werden, dass ein Beschluss der Europäischen Kommission einen Lebenssachverhalt bezogen auf den Adressaten regelt. Es liegt nahe, dass zumindest dies ein Umstand ist, den die nationalen Gerichte berücksichtigen müssen, wenn sie über Angelegenheiten des Adressaten des Beschlusses entscheiden müssen. Zu beachten ist allerdings Art. 297 Abs. 2 UA 3 AEUV. Dieser ist so zu verstehen, dass Beschlüsse für den Adressaten (oder sonst Betroffenen) durch individuelle Bekanntgabe wirksam werden.⁴⁶⁷

⁴⁶³ Beschlüsse i.S.d. Art. 288 Abs. 4 S. 1 AEUV gelten gerade nicht als an die Mitgliedstaaten oder Private gerichtet (*Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL 2016, AEUV Art. 288, Rn.198), womit sich ihre Bindungswirkung auf die Union und ihre Einrichtungen beschränken soll (*Streinz in Streinz*, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 134).

⁴⁶⁴ *Ruffert in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. A., Art. 288 Rn. 92.

⁴⁶⁵ *EuGH*, Urt. v. 21. Mai 1987 – 249/85, ECLI:EU:C:1987:245 – Albako, Rn. 17; vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 13. Februar 2014 – C-69/13, ECLI:EU:C:2014:71 – Mediaset, Rn. 23; *EuGH*, Urt. v. 6. Oktober 2015 – C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 – Maximilian Schrems gegen Data Protection Commissioner, Rn. 51; *Kamann*, ZWeR 2014, 60, 64f, 76; *Streinz in Streinz*, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 138.

⁴⁶⁶ *Durner*, EuR 2004, 547, 559; *Divivier*, S. 369f.

⁴⁶⁷ *Ruffert in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. A., Art. 297, Rn. 14; *Geismann in von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, Art. 297, Rn. 19.

(ii) Umfang der Verbindlichkeit

(A) Einführung

Beschlüsse der Europäischen Kommission im Bereich des EU-Wettbewerbsrechts enthalten oft einen regelnden (operativen) Teil und daneben Ausführungen zum zugrundegelegten (festgestellten) Sachverhalt und dessen rechtliche Würdigung. Soweit dies der Fall ist, stellt sich die Frage, ob sich die Verbindlichkeit i.S.d. Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV nur auf den regelnden Teil oder auch auf dessen Begründung, also die Beschreibung des Sachverhalts und / oder dessen Würdigung bezieht.

(B) Zur Terminologie

Die (deutsche) Literatur greift bei der Untersuchung der Berücksichtigungspflicht bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission immer wieder auf Begrifflichkeiten zurück, die für das deutsche Recht entwickelt wurden und auf die hier kurz eingegangen wird:⁴⁶⁸ Als eine "*Tatbestandswirkung im engeren Sinne*" wird bezeichnet, wenn die Existenz des betrachteten Verwaltungsaktes nach dem vom Gericht anzuwendenden materiellen Recht Voraussetzung für eine bestimmte Rechtsfolge ist.⁴⁶⁹ Als "*Tatbestandswirkung im weiteren Sinne*" wird eine inhaltliche Bindung an den Verwaltungsakt verstanden, die es dem Gericht verwehren soll, eine eigene Regelung in Abweichung vom regelnden Ausspruch des Verwaltungsaktes zu treffen. Eine darüber hinausgehende Bindung an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen wird oft als "*Feststellungswirkung*" bezeichnet. Der Grad der Berücksichtigungspflicht ist von den Tatbestandswirkungen im engeren über die Tatbestandswirkung im weiteren Sinne bis hin zur Feststellungswirkung also steigend.

In der Gesetzesbegründung zu § 33 Abs. 4 GWB a.F.⁴⁷⁰ ist von "*Tatbestandswirkung*" die Rede, obgleich "*Feststellungswirkung*" im oben beschriebenen Sinne gemeint ist,⁴⁷¹ und auch in der Literatur werden teils die Begriffe so zugeordnet. Für die Zwecke dieser

⁴⁶⁸ Der folgende Absatz basiert auf Imgrund, S. 90ff. Im Ergebnis ebenso Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 33, Rn. 89.

⁴⁶⁹ Inderst/Thomas, S. 106, bezeichnen dies schlicht als "*Tatbestandswirkung*" ohne weitergehende Differenzierung.

⁴⁷⁰ BT-Drs. 15/3640 v. 7. Juni 2004, S. 54.

⁴⁷¹ BGH, Urt. v. 12. Juli 2016 – KZR 25/14 – Lottoblock II, juris, Rn. 13f; Inderst/Thomas, S. 107; Engelhoven/Windeler/Kremhart, EWiR 2017, 93, 94.

Arbeit wird die im vorstehenden Absatz beschriebene Terminologie und ihre Zuordnung verwendet.

(C) Art. 288 Abs. 4 AEUV

Aufbauend auf der beschriebenen Terminologie stellt sich also die Frage, ob sich aus der Verbindlichkeitsanordnung des Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV Tatbestandswirkung im engeren oder im weiteren Sinne oder gar Feststellungswirkung ergibt. Nimmt man für die Auslegung von Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV auch dessen S. 1 hinzu, so liegt eine umfassende Verbindlichkeit nahe, denn S. 1 spricht von einer Verbindlichkeit der Beschlüsse "*in allen ihren Teilen*".⁴⁷²

Es wird dennoch die Auffassung vertreten, die Verbindlichkeit sei nicht umfassend. Angenommen wird etwa, dass die Folge der Verbindlichkeit (nur) die Pflicht zur Befolgung sei,⁴⁷³ was sich eher auf den regelnden Teil zu beziehen scheint als auf dessen Grundlagen.⁴⁷⁴ Die Verbindlichkeit eines Beschlusses bestimme sich nach seiner rechtsgestaltenden Wirkung, die im Einzelfall zu bestimmen sei.⁴⁷⁵ Auch die Europäische Kommission hat vertreten, dass keine umfassende Verbindlichkeit bestehe.⁴⁷⁶

Ob aus systematischen Überlegungen heraus, insbesondere mit Blick auf das Recht eines effektiven Rechtsschutzes, Grenzen einer sich aus der "Verbindlichkeit" ergebenden Berücksichtigungspflicht bestehen, wird im Unterabschnitt 3.3.3⁴⁷⁷ gesondert untersucht. An dieser Stelle kann jedoch konstatiert werden, dass Art. 288

⁴⁷² "*obligatoire dans tous ses éléments*"; "*be binding in its entirety*".

⁴⁷³ *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL 2016, AEUV Art. 288, Rn. 187.

⁴⁷⁴ *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL 2016, AEUV Art. 288, Rn. 182, unter – zweifelhafter – Bezugnahme auf *EuGH*, Urt. v. 13. Juli 1966 – 56/64, 58/64, ECLI:EU:C:1966:41 – *Établissements Consten S.à.R.L. und Grundig-Verkaufs-GmbH gegen Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*; *Nettesheim* bezieht sich auf Slg. 1966, 429, meint aber vermutlich S. 322, 386. Dem *EuGH* kommt es an dieser Stelle allerdings nicht auf die Frage an, ob auch Tatbestand oder Gründe an der Verbindlichkeit teilnehmen, sondern nur darauf, dass regelnde und damit verbindliche Inhalte "*unabhängig davon*" vorliegen "*können, in welchem Teil der Entscheidung sie getroffen*" werden.

⁴⁷⁵ *Streinz* in *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 140.

⁴⁷⁶ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 26. Juni 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:388 – *EG/Otis*, Rn. 46f, enthält den Hinweis, dass der *EuGH* vor Einführung des Art. 16 VO 1/2003 den "*Umfang der Bindungswirkung*" von Entscheidungen nicht bestimmt habe und sogar die Europäische Kommission davon ausgehe, es bestehe keine umfassende Bindung, allerdings ohne klarzustellen, für welche Teile keine Bindungswirkung bestehe.

⁴⁷⁷ Ab Seite 101.

Abs. 4 S. 2 AEUV zumindest für den regelnden Teil eines Beschlusses eine Verbindlichkeit vorschreibt, die einer Tatbestandswirkung entspricht.

(iii) Beabsichtigte Beschlüsse und Beschlüsse auf der Grundlage einer vorläufigen Beurteilung

Die bloße Absicht der Europäischen Kommission, einen Beschluss zu erlassen, ist als solche kein Beschluss und wird mithin nicht von Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV erfasst. Anderes könnte gelten, wenn sich die Absicht einen Beschluss zum materiellen Recht zu erlassen in einer Maßnahme der Europäischen Kommission manifestiert, welche ihrerseits als Beschluss i.S.d. Art. 288 Abs. 4 AEUV zu werten ist. Wichtigste Beispiele sind hier Beschlüsse der Europäischen Kommission, ein förmliches, beihilfenrechtliches Prüfverfahren nach Art. 9 VO 2015/1589 zu eröffnen, die Eröffnung eines Hauptprüfverfahrens (Phase II) in der Fusionskontrolle oder Beschlüsse nach Art. 2 VO 773/2004 zur Eröffnung von Verfahren nach Art. 7 bis 10 VO 1/2003. Für die beihilfenrechtlichen, mitgliedstaatengerichteten Beschlüsse ergibt sich hier aus Art. 288 Abs. 4 AEUV eine unmittelbar von den Gerichten zu beachtende Verbindlichkeit. Bei an andere gerichteten Beschlüssen ist das näher zu untersuchen. Inwieweit sich aus dem jeweiligen Regelungsgehalt solcher verfahrenseinleitender Beschlüsse tatsächlich eine Berücksichtigungspflicht ergibt, wird unten für die einzelnen Beschlussarten untersucht.

(e) Vorrang des EU-Rechts

Teils wird die Rechtsprechung des *EuGH* in der *Masterfoods*-Entscheidung zur Berücksichtigungspflicht von Beschlüssen der Europäischen Kommission durch die nationalen Gerichte als Ausweitung des Vorrangs des Unionsrechts verstanden.⁴⁷⁸ Tatsächlich wurde die Frage des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts in der *Masterfoods*-Entscheidung nicht maßgeblich thematisiert. Dennoch lässt sich die Frage stellen, ob der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts für sich eine Berücksichtigungspflicht der Beschlüsse der Europäischen Kommission für die nationalen Gerichte bei der Anwendung des EU-Rechts mit sich bringt.

Unter dem Vorrang des Unionsrechts wird eine Regel zur Lösung des Konflikts mit *nationalem Recht* verstanden.⁴⁷⁹ Vorliegend geht es dagegen um die Durchführung von *EU-Recht* durch die nationalen Gerichte bei (potentiell) paralleler Anwendung durch

⁴⁷⁸ Geiger, EuZW 2001, 113, 116; vgl. auch Durner, EuR 2004, 547, 558.

⁴⁷⁹ Weiß in *Niedobitek*, Europarecht – Grundlagen der Union, § 5 Rn. 73.

die Europäische Kommission. Der Gedanke des Vorrangs des EU-Rechts vor nationalem Recht ist insoweit auf den ersten Blick nicht einschlägig. Teilweise wird in diesem Zusammenhang sogar vertreten, die Vorrangregel erfasse (Einzelfall-) Beschlüsse der Europäischen Kommission nicht.⁴⁸⁰

Allerdings gelten auch Beschlüsse der Europäischen Kommission als Sekundärrecht⁴⁸¹ und nehmen damit am Anwendungsvorrang des EU-Rechts teil.⁴⁸² Zudem hat der Vorrang des EU-Rechts eine wesentliche Bedeutung für die nationalen Gerichte bei ihrer Anwendung von Unionsrecht (soweit sie diesen sowohl in seiner unmittelbaren Ausprägung – beim echten Normenkonflikt – als auch in seiner mittelbaren Ausprägung – beim indirekten Konflikt, insbesondere dem Konflikt mit dem nationalen Verfahrensrecht, selbstverständlich beachten müssen). Insoweit können sich Konflikte etwa dann ergeben, wenn einer Berücksichtigung der Auslegung des Unionsrechts in einem Beschluss der Europäischen Kommission durch ein nationales Gericht nationale Verfahrensregeln, etwa die Rechtskraft einer nationalen Entscheidung, entgegenstehen.⁴⁸³

Damit spricht zumindest indiziell und zumindest im Zusammenspiel mit Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 288 Abs. 4 S. 4 auch der Vorrang des Unionsrechts für eine Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte.

(f) Zusammenfassung

Die Untersuchung dieses Abschnitts hat gezeigt, dass sich aus dem Primärrecht – dem Loyalitätsgebot in Verbindung mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit und unter Heranziehung systematischer Überlegungen mit Blick auf Art. 17 EUV und das spezielle Primärrecht (Art. 101ff, 107f AEUV) – ableiten lässt, dass nationale Gerichte bei der Anwendung von EU-Wettbewerbsrecht im Grundsatz die Verpflichtung haben, Beschlüsse oder auch nur beabsichtigte Beschlüsse der Europäischen Kommission maßgeblich (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) zu berücksichtigen und dies nicht nur bezogen auf den regelnden Teil eines Beschlusses, sondern auf den

⁴⁸⁰ *Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 9, und Imgrund, S. 108.*

⁴⁸¹ *Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL 2016, AEUV Art. 288, Rn. 30.*

⁴⁸² *Kruis, S. 51; BVerfG, Beschl. v. 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514 – juris, Rn. 36ff, 77 (zu einem Rahmenbeschluss des Rates, der auf der Grundlage des alten EUV (2006), Titel IV, Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit).*

⁴⁸³ Siehe dazu unten 3.3.5(d) (ab Seite 152).

gesamten, von der Europäischen Kommission ermittelten und zugrundelegten Sachverhalt, was einer Feststellungswirkung entspricht. Eine Berücksichtigungspflicht i.S. einer Tatbestandswirkung lässt sich darüber hinaus auch auf Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV stützen, der eine Verbindlichkeit der Beschlüsse vorgibt, welche im Fall von mitgliedstaatengerichteten Beschlüssen die nationalen Gerichte direkt adressiert, im Fall der Adressierung einer Partei des Zivilrechtsstreits dagegen zumindest ein Umstand ist, den das nationale Gericht berücksichtigen muss, soweit er die Verhältnisse der Parteien des Zivilrechtsstreits regelt.

3.3.3 Grenzen einer Berücksichtigungspflicht auf der Grundlage des Primärrechts

Mit der Bejahung einer Berücksichtigungspflicht ist noch keine abschließende Aussage getroffen, wie weit diese reicht. Denkbar ist hier ein breites Spektrum zwischen einem bloßen Befassungsgebot ohne jegliche Bindungswirkung bis hin zu einer vollständigen Bindungswirkung der nationalen Gerichte an Regelung und Inhalt der Beschlüsse der Europäischen Kommission oder auch nur an deren Absicht zu solchen Beschlüssen. Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit sich aus dem Primärrecht Grenzen für eine Berücksichtigungspflicht ergeben.

(a) Recht auf effektiven Rechtsschutz

(i) Einführung

Das Recht auf einen effektiven Rechtsschutz ist in Art. 47 ChartaGR kodifiziert.⁴⁸⁴ Dabei enthält Art. 47 ChartaGR (welcher über Art. 6 Abs. 1 AEUV in den Rang von Primärrecht erhoben wird) ein einklagbares, mit dem Zivilprozess untrennbar verbundenes⁴⁸⁵ Recht, welches die nationalen und Unionsgerichte bindet, wobei sich

⁴⁸⁴ *EuGH*, Urte. v. 21. Dezember 2016 – C-131/15 P, ECLI:EU:C:2016:989 – Club Hotel Loutraki AE u.a., Rn. 49. Vgl. auch Art. 6, 13 EKMR und *EuGH*, Urte. v. 10. Juli 2014 – C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062 – Telefónica SA, Rn. 41: "Die EMRK stellt – auch wenn die durch sie anerkannten Grundrechte, wie Art. 6 Abs. 3 EUV bestätigt, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts sind, und nach Art. 52 Abs. 3 der Charta die in dieser enthaltenen Rechte, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der EMRK verliehen werden –, solange die Union ihr nicht beigetreten ist, kein Rechtsinstrument dar, das formell in die Unionsrechtsordnung übernommen worden ist (vgl. Urteil *Schindler Holding u. a./Kommission*, EU:C:2013:522, Rn. 32)." Vgl. dazu *W. Weiß*, *EuZW* 2013, 287, 291: "Im Hinblick auf den effektiven Rechtsschutz hat der *EuGH* es bei der Feststellung belassen, dass dieser 'Grundsatz ... ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts [ist], der nunmehr in Artikel 47 Charta' zum Ausdruck kommt, und auf eine Bezugnahme auf Art. EMRK Artikel 6 EMRK und Urteile des EGMR verzichtet." Vgl. auch *EGMR*, Urte. v. 23. Mai 2016 – Application No. 17502/07 – *Avontins vs. Latvia*, Rn. 102f, 119.

⁴⁸⁵ *Europäisches Parlament*, Entschließung EP Mindeststandards, Erwägungsgrund F.

aus dem Primärrecht der Art. 251ff AEUV bzw. dem nationalen Recht Einschränkungen ergeben können.⁴⁸⁶ Zu den grundlegenden Gewährleistungen des Rechts auf effektiven Rechtsschutz gehört die Gewährung eines fairen Verfahrens, insbesondere die Gewährung von rechtlichem Gehör.⁴⁸⁷ Dies gilt auch und insbesondere, wenn eine Auffassung der Europäischen Kommission einem Zivilverfahren zugrundegelegt werden soll⁴⁸⁸ oder könnte.⁴⁸⁹ Das Recht auf effektiven Rechtsschutz ist auch im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Verfahren zu Gunsten der betroffenen Unternehmen zu beachten.⁴⁹⁰

(ii) Relevanz des Umfangs der Anfechtbarkeit

Das *EuG* sieht den Rechtsschutz auf den regelnden Teil der Beschlüsse der Europäischen Kommission beschränkt, denn nur dieser erzeuge Rechtswirkungen; etwas anderes gelte nur, wenn die *"Begründung insbesondere geeignet ist, den materiellen Gehalt des verfügbaren Teils der fraglichen Maßnahme zu ändern"*.⁴⁹¹ In der Literatur wird daher vertreten, dass eine verpflichtende Berücksichtigung von Beschlüssen der Europäischen Kommission nicht weiter gehen kann, als die belastete Partei die Möglichkeit hatte, sich vor den EU-Gerichten dagegen zu wehren.⁴⁹²

Dem ist schon aus systematischen Gründen zuzustimmen. Es wäre widersprüchlich, wenn das Primärrecht einerseits eine umfassende Berücksichtigungspflicht vorgäbe, gleichzeitig aber der Rechtsschutz hiergegen auf bestimmte Teile des Beschlusses beschränkt bliebe. So muss eine Berücksichtigungspflicht dann etwa ausgeschlossen sein, wenn ein Beschluss negativ wirkende Sachverhaltsaussagen über eine Partei enthält, diese aber mangels Beschwer im regelnden Teil keine Möglichkeit einer

⁴⁸⁶ Jarass in Jarass, Charta der Grundrechte der EU, Art. 47 Rn. 3, 4, 16, 16a.

⁴⁸⁷ Blanke in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, EU-GRCharta Art. 47, Rn. 14.

⁴⁸⁸ BGH, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 31.

⁴⁸⁹ *EuGH*, Urt. v. 21. Dezember 2016 – C-524/14, ECLI:EU:C:2016:971 – Europäische Kommission gegen Hansestadt Lübeck, Rn. 26 bis 31, wo das Rechtsschutzinteresse gerade deshalb bejaht wird, weil der angegriffene Beschluss von den nationalen Gerichte zu beachten sei.

⁴⁹⁰ Europäische Kommission, Entwurf RL ECN+, S. 16, 28f, Erwägungsgrund (12), S. 40, Art. 3; Monopolkommission, Sondergutachten gem. § 44 Abs. 1 S. 4 GWB, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, BT-Drs. 18/7508, Rn. 57.

⁴⁹¹ Inderst/Thomas, S. 231; *EuG*, Urt. v. 12. Oktober 2007 - T-474/04, ECLI:EU:T:2007:306 - Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH, Rn. 73f; *EuG*, Urt. v. 16. Dezember 2015 – T-48/11, ECLI:EU:T:2015:988 – British Airways plc, Rn. 37; die Entscheidung ist nur auf Französisch und Englisch verfügbar; ebenso *EuG*, Urt. v. 16. Dezember 2015 – T-46/11, ECLI:EU:T:2015:987 – Lufthansa, Rn. 37.

⁴⁹² Becker/Vollrath in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 27ff.

Nichtigkeitsklage zum *EuG* nach Art. 263 AEUV hat(te). Konsequenterweise stellt auch das *EuG* bei der Frage der "*Bindungswirkung*" eines unionskartellrechtlichen Beschlusses i.S.d. Art. 16 VO 1/2003 auf den operativen Teil einer Entscheidung ab,⁴⁹³ der allerdings im Lichte ihrer Begründung auszulegen ist.⁴⁹⁴ Die Überprüfbarkeit erfasst dabei auch die tragenden Gründe.⁴⁹⁵ Bei Widerspruch von Tenor und Begründung kann sich der Adressat der Entscheidung auf der Grundlage von Art. 47 ChartaGR mit einer Nichtigkeitsklage an den *EuG* wenden.⁴⁹⁶

Aus dem Blickwinkel des effektiven Rechtsschutzes steht einer maßgeblichen Berücksichtigung eines Beschlusses der Europäischen Kommission (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) durch ein nationales Zivilgericht damit nichts entgegen, soweit dieser Beschluss vor den Unionsgerichten angegriffen werden kann.⁴⁹⁷ Bei einer systematischen Gesamtschau der Grundlagen für eine Berücksichtigungspflicht und von Art. 263 AEUV ergibt sich damit, dass die Pflicht zur maßgeblichen Berücksichtigung von Beschlüssen der Europäischen Kommission nicht weiter gehen kann, als sie vor den Unionsgerichten angreifbar sind. Vom angreifbaren Teil eines Beschlusses (einschließlich der tragenden Gründe⁴⁹⁸) geht dagegen eine Berücksichtigungspflicht aus.⁴⁹⁹

⁴⁹³ *EuG*, Urt. v. 16. Dezember 2015 – T-48/11, ECLI:EU:T:2015:988 – British Airways plc, Rn. 40 bis 42; vgl. *EuG*, Urt. v. 16. Dezember 2015 – T-46/11, ECLI:EU:T:2015:987 – Lufthansa, Rn. 39ff.

⁴⁹⁴ *Becker/Vollrath* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 27ff.; *SWP Damages actions*, Rn. 140.

⁴⁹⁵ *EuG*, Urt. v. 12. Oktober 2007 - T-474/04, ECLI:EU:T:2007:306 - Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH, Rn. 73f. Umgekehrt ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Unionsgerichte über Fehler in nicht-tragenden Gründen hinwegsetzen, vgl. *EuGH*, Urt. v. 6. September 2017 – C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 – Intel Corp. gegen Europäische Kommission, Rn. 94ff (bezogen auf nicht-tragende Gründe in einem angegriffenen Urteil des *EuG*).

⁴⁹⁶ *EuG*, Urt. v. 16. Dezember 2015 – T-48/11, ECLI:EU:T:2015:988 – British Airways plc., Rn. 36; *EuG*, Urt. v. 16. Dezember 2015 – T-46/11, ECLI:EU:T:2015:987 – Lufthansa, Rn. 36.

⁴⁹⁷ Zum Rechtsschutz vor den Unionsgerichten im Beihilfenbereich vgl. *Weiß*, ZHR 180 (2016), S. 80, 85ff.

⁴⁹⁸ S.o. 3.3.2(b) (ab Seite 85) sowie 3.3.2(c)(i) (ab Seite 92) jeweils a.E. Ebenso für § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB) – der Rechtsprechung des BGH entsprechend (*Kirchhoff*, WuW 2017, 487, 490) – *LG Berlin*, Urt. v. 14. Juni 2016 – 16 O 348/15 Kart – juris, Rn. 10.

⁴⁹⁹ Dabei wird im Rahmen dieser Arbeit unterstellt, dass die Unionsgerichte effektiven Rechtsschutz gegen einen Beschluss der Europäischen Kommission tatsächlich gewähren. Aus Sicht der EU-Gerichte ist dies (auch im Licht der Rechtsprechung des EGMR) der Fall; *EuGH*, Urt. v. 10. Juli 2014 – C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062 - Telefónica SA, Rn. 42; *EuGH*, Stellungnahme der GA v. 13. Juni 2014 – Gutachtenverfahren 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475 – Beitritt der EU zur EMRK, Rn. 147 bis 151; vgl. zuletzt auch *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. Februar 2018 – C-135/16, ECLI:EU:C:2018:120 – Georgsmarienhütte u.a., Rn. 41f. In der deutschen Rechtsprechung wurde dieses Verständnis akzeptiert

Im Einzelfall kann streitig sein, ob einzelne Elemente der Sachverhaltsfeststellungen vom nationalen Gericht maßgeblich zu berücksichtigen sind:⁵⁰⁰ Von der Pflicht zur maßgeblichen Berücksichtigung (d.h. zum Unterlassen den Beschlüssen der Europäischen Kommission zuwiderlaufender Entscheidungen) erfasst ist – wie dargestellt – der Sachverhalt, soweit er eine Regelung des Beschlusses trägt. Gleiches wäre bei "*doppeltrelevanten Tatsachen*"⁵⁰¹ zu erwägen, die nicht nur für eine Feststellung im operativen Teil eines Beschlusses der Europäischen Kommission tragend, sondern die auch für einen *nur* vom Zivilgericht zu beurteilenden Tatbestand von Bedeutung sind. Gegen eine bindende Übernahme dieser Sachverhaltselemente für den letztgenannten, nur vom Zivilgericht heranzuziehenden Normenapparat spricht allerdings der Gedanke des effektiven Rechtsschutzes des Belasteten, denn dieser kann im Rahmen seines unionsrechtlichen Rechtsschutzes nur gegen die Feststellungen vorgehen, soweit sie den Beschluss der Europäischen Kommission tragen. Soweit die entsprechenden Tatsachen den Tatbestand einer Norm erfüllen, für deren Vollzug die Europäische Kommission nicht zuständig ist, liegt die für die Annahme einer maßgebliche Berücksichtigungspflicht zugrundegelegte Verknüpfung nicht vor.

Dies bedeutet aber nicht, dass nicht auch den nicht (isoliert) angreifbaren Bestandteilen eines Beschlusses (bzw. den doppeltrelevanten Tatsachen) eine Rechtswirkung i.S. einer Berücksichtigungspflicht zukommen kann. Zumindest soweit Sachverhaltsidentität besteht⁵⁰² bleibt es bei der grundsätzlichen Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte. Insoweit kann das nationale Gericht allerdings nicht (mit Verweis auf den Beschluss der Europäischen Kommission) eine eigene Beurteilung unterlassen, denn insoweit fordert der Gedanke des effektiven Rechtsschutzes, dass die Meinungsbildung der nationalen Gerichte an dieser Stelle stattfinden und (im Rahmen des Instanzenzuges) nachprüfbar sein muss.⁵⁰³ Dem Beschluss der Europäischen Kommission kommt insoweit nur eine

(*BVerwG*, Urt. v. 23. April 1998 – 3 C 15/97 – *Alcan* – juris, Rn. 22ff), in der Literatur teils in Frage gestellt, vgl. *Bechtold*, FAZ, 9. Februar 2018, S. 18, *de Bronett*, EWS 2017, 181, 191ff; *de Bronett*, NZKart 2015, 512, *Inderst/Thomas*, S. 229f, *Brauneck*, EuR 2016, 724, v. *Bogdandy*, EuR 2017, 487ff sowie den Überblick bei *Nehl* in *Immenga/Körber (Hrsg.)*, Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, S. 117f sowie S. 130ff.

⁵⁰⁰ *Inderst/Thomas*, S. 108ff; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 11. Dezember 2014 – C-352/13, ECLI:EU:C:2014:2443 – *CDC Hydrogen Peroxide SA*, Rn. 64, 65

⁵⁰¹ *Inderst/Thomas*, 108.

⁵⁰² Zur fehlenden Sachverhaltsidentität s.u. 3.3.3(b) (ab Seite 108).

⁵⁰³ OLG München, Urt. v. 21. Februar 2013 – U 5006/11 Kart – juris, Rn. 91ff.

Orientierungsfunktion zu, d.h. ein Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen besteht nicht.

(iii) Art. 267 AEUV vs. Art. 263 AEUV

Die Möglichkeit des Vorabentscheidungsverfahrens des Art. 267 AEUV wäre kein Ersatz, wenn ein direkter Rechtsbehelf gegen einen Beschluss der Europäischen Kommission nach Art. 263 AEUV ausgeschlossen ist (oder von den Unionsgerichten abgelehnt wird), dieser Beschluss aber von einem Zivilgericht maßgeblich (i.S. zuwiderlaufender Entscheidungen) berücksichtigt werden müsste. Dies wird unterstützt durch eine jüngere Entscheidung des *EuGH* in der beihilfenrechtlichen Sache *Greenpeace Engery*,⁵⁰⁴ wo hervorgehoben wird, dass bei fehlender Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Europäischen Kommission vor den Unionsgerichten mit Blick auf Art. 47 ChartaGR die nationalen Gerichte den Rechtsschutz gegen diesen gewähren müssen, ggf. i.V.m. mit einer Vorlage nach Art. 267 AEUV. Dies ist aber nur möglich, wenn die Gerichte zu einer selbständigen, eigenverantwortlichen und im Instanzenzug überprüfbaren Beurteilung des Sachverhalts gelangen, ohne den betreffenden Beschluss der Europäischen Kommission zwingend zugrunde legen zu müssen.⁵⁰⁵

Dies gilt umso mehr, als die Gestaltung von Art. 267 AEUV und seine Anwendung in der Praxis für sich gesehen nur einen begrenzten Rechtsschutz des Einzelnen gewährt: So besteht in den unteren Instanzen in der Regel (zumindest bei Auslegungsfragen) keine Vorlagepflicht. Bei letztinstanzlichen Gerichten ist die Vorlagepflicht zwar grundsätzlich durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG abgesichert,⁵⁰⁶ aber eine Vorlage kann im Einzelfall dennoch schwer durchzusetzen sein:⁵⁰⁷ Die betroffene Partei muss zunächst die Frage der Ungültigkeit eines Beschlusses der Europäischen Kommission so wahrscheinlich machen (bzw. Bedenken an seiner Auslegung als so bedeutsam darstellen), dass auch in den Augen des Zivilgerichts die Hürden von Art. 267 AEUV und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG überschritten sind. Schafft die Partei es, das Gericht von der Vorlage zu überzeugen, hängt der Gehalt der Vorlage beim *EuGH* von der durch

⁵⁰⁴ *EuGH*, Beschl. v. 10. Oktober 2017 – C-640/16 P, ECLI:EU:C:2017:752 – Greenpeace Engery eG, Rn. 60ff. Zitiert auch in *Nysten*, IR 2017, 275, 276.

⁵⁰⁵ Vgl. auch Fn. 489 (S. 102).

⁵⁰⁶ *Foerster*, EuR 2015, 601, zur Frage der Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV im Spiegel der Rechtsprechung des BVerfG.

⁵⁰⁷ Wie in jüngerer Zeit etwa *BVerfG*, Beschl. v. 8. Oktober 2015 – 1 BvR 1320/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rk20151008.1bvr132014 – juris, zeigt. Vgl. auch *EuGH*, Beschl. v. 27. März 2014 – C-142/13, ECLI:EU:C:2014:204 – Bright Service SA gegen Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA, Rn. 19ff.

das Gericht gestellten Vorlagefrage ab, auf die die Partei nur bedingten Einfluss hat. Die Beteiligungsrechte der Parteien des Zivilverfahrens vor dem *EuGH* sind zudem beschränkt.⁵⁰⁸ Zudem ist der betroffenen Partei (im Vergleich zum Verfahren nach Art. 263 AEUV) eine Instanz (*EuG*) genommen.⁵⁰⁹ Darüber hinaus beschäftigt sich der *EuGH* im Rahmen des Verfahrens nach Art. 267 AEUV in der Regel nicht mit Fragen des Sachverhalts, was eine eigene Überprüfung der Sachverhaltsermittlung der Europäischen Kommission durch den *EuGH* unwahrscheinlich, wenn nicht ausgeschlossen erscheinen lässt.⁵¹⁰ Insoweit kommt es also auf eine gute Aufarbeitung vor den nationalen Gerichten an.

Gerade wenn also eine Anfechtbarkeit eines Beschlusses der Europäischen Kommission vor den Unionsgerichten nicht gegeben ist, liegt eine besondere Verantwortung für effektiven Rechtsschutz gegen diesen Beschluss bei den nationalen Gerichten,⁵¹¹ die eigenverantwortlich den von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt werten und zu einer eigenen Beurteilung kommen sowie bei Abweichungen vom Beschluss der Europäischen Kommission Art. 267 AEUV prüfen müssen.

(iv) Relevanz der Adressatenstellung

Die Frage, welche Grenzen das Recht auf effektiven Rechtsschutz aufstellt, hängt auch damit zusammen, ob sich *die betroffene Partei* des Zivilrechtsstreits vor Unionsgerichten gegen den Beschluss der Europäischen Kommission wehren kann oder konnte.⁵¹² Art. 263 Abs. 4 AEUV setzt für die Klagebefugnis gegen einen

⁵⁰⁸ *Kühling/Drechsler*, NJW 2017, 2950, 2955, behaupten dagegen, die Argumente der Anwälte der Betroffenen würden vom *EuGH* durchaus erwogen. Dies ändert allerdings nichts daran, dass der Umfang möglicher Einlassungen in der Praxis begrenzt ist und – was auch *Kühling/Drechsler* einräumen – eine Erforschung des wirklichen Sachverhalts vom *EuGH* kaum vorgenommen sondern viel mit Annahmen gearbeitet wird.

⁵⁰⁹ Vgl. *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. Februar 2018 – C-135/16, ECLI:EU:C:2018:120 – Georgsmarienhütte u.a., Rn. 41ff.

⁵¹⁰ Nach hier vertretener Auffassung wäre der *EuGH* zwar gehalten, im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren u.U. Beweis zu erheben. Allerdings ist zu beobachten, dass der *EuGH* dies zu vermeiden sucht. *Durner*, EuR 2004, 547, 572, ging davon aus, dass der *EuGH* "wohl noch kein einziges Mal" in diesem Rahmen "Beweis erhoben oder die der Kommissionsentscheidung zugrundeliegenden Tatsachenfeststellungen überprüft hat". Ähnlich auch *Kühling/Drechsler*, NJW 2017, 2950, 2954, die ebenfalls auf die begrenzte Ermittlung der Hintergründe durch den *EuGH* im Vorlageverfahren hinweisen.

⁵¹¹ *EuGH*, Beschl. v. 10. Oktober 2017 – C-640/16 P, ECLI:EU:C:2017:752 – Greenpeace Energy eG, Rn. 63.

⁵¹² *Imgrund*, S. 84f S. 112ff, aufgrund einer Analyse der EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK; *Wright*, S. 174f (allerdings bezogen auf eine hypothetische Regelung, nach der auch von Entscheidungen nationaler Behörden Bindungswirkung für die Zivilgerichte ausgeht, wie sie von der Europäischen Kommission vorgeschlagen worden war; vgl. SWP Damages actions, Rn. 134ff). *Emmerich in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 33, Rn. 97, setzt für die Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b

Beschluss keine Adressatenstellung voraus, sondern nur dass "*der Kläger durch die angegriffene Handlung unmittelbar und individuell betroffen ist*".

Auch *Bechtold/Bosch*⁵¹³ vertreten (in Bezug auf § 33 Abs. 4 GWB a.F., heute § 33b GWB) die Auffassung, dass eine Berücksichtigungspflicht grundsätzlich die Möglichkeit voraussetzt, die Entscheidung anzugreifen. Sie sind allerdings der Auffassung, dass eine Berücksichtigungspflicht auch dann besteht, wenn ein Adressat der Entscheidung mangels Beschwer die Entscheidung nicht angreifen konnte. Betroffen sind hier insbesondere Kronzeugen, also Kartelltäter, die einen *Leniency-Antrag*⁵¹⁴ gestellt und 100% Geldbußenerlass gewährt bekommen haben, aber dennoch in dem Beschluss als Täter benannt wurden.⁵¹⁵ Der Auffassung von *Bechtold/Bosch* ist nicht zu folgen: Soweit die Entscheidung für den betroffenen Adressaten zu dessen Lasten wirkt, ihn aber der "Filter" der Beschwer davon abhält, entsprechende Mängel der Entscheidung vor den Unionsgerichten vorzubringen, muss es ihm möglich sein, diese noch im Zivilverfahren (berücksichtigungsfähig) einzubringen. Ansonsten wären seine Verteidigungsrechte über die Maßen beschränkt.⁵¹⁶

Von dem Grundsatz, dass eine Pflicht zur maßgeblichen Berücksichtigung (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) nur bei Angreifbarkeit durch die belastete Partei des Zivilrechtsstreits besteht, kann es im Einzelfall Ausnahmen geben, etwa wenn ein Beihilfenempfänger auf Gewährung/Bestand einer Beihilfe vertraute, obgleich er erkennen konnte, dass diese aufgrund einer (von ihm nicht angreifbaren) Entscheidung der Europäischen Kommission unzulässig ist. Hier kann sich im

GWB) ebenfalls voraus, dass sich die Person, zu deren Lasten sich die Bindungswirkung erstreckt, gegen die Entscheidung wehren konnte; ebenso *Landesarbeitsgericht Düsseldorf*, Urteil vom 27. November 2015 – 14 Sa 800/15 – juris, Rn. 263.

⁵¹³ *Bechtold/Bosch*, GWB, § 33, Rn. 45.

⁵¹⁴ Siehe dazu Art. 4a VO 773/2004.

⁵¹⁵ *Bechtold/Bosch*, GWB, § 33, Rn. 42.

⁵¹⁶ *House of Lords* (GB), Urt. v. 19.7.2006, [2006] UKHL 38 - *Inntrepreneur v. Crehan*, WuW/E KRInt 164, zu Art. 10 EG; *Meyer*, GRUR 2006, 27, 31f; Monopolkommission, SG 7. GWB-Novelle, Rn. 44.

Einzelfall der Grundsatz der effektiven Durchsetzung des materiellen Unionsrechts mangels schutzwürdigen Vertrauens des Betroffenen⁵¹⁷ durchsetzen.⁵¹⁸

(b) Sachverhaltsidentität

Das Zusammenspiel von Art. 263 AEUV und Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV macht deutlich, dass die verbreitete Sichtweise⁵¹⁹ zutrifft, dass sich die Verbindlichkeit eines Beschlusses i.S.d. Art. 288 Abs. 4 AEUV nur auf seinen Regelungsgehalt bezieht, der wiederum einen oder mehrere bestimmte Sachverhalte in Bezug nimmt. Damit ist aber keine Verbindlichkeit i.S.d. Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV anzunehmen, wenn dem nationalen Gericht ein anderer, durch den Beschluss nicht geregelter bzw. beurteilter Sachverhalt vorliegt.⁵²⁰

Als weitere Quelle eines grundsätzlichen Berücksichtigungsgebots liegt aber das Loyalitätsgebot im Lichte des Grundsatzes der Rechtssicherheit sowie von Art. 101ff und 107f AEUV vor. Soweit keine Sachverhaltsidentität vorliegt, sondern nur Sachverhaltsähnlichkeit, kann allerdings auch unter diesem Blickwinkel für die nationalen Gerichte keine Pflicht zu maßgeblicher Berücksichtigung, d.h. kein Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen bestehen,⁵²¹ denn in diesem Fall hat sich die Europäische Kommission mit konkreten, relevanten Umständen gerade nicht befasst und ist daher offen, ob sie den dem Gericht vorliegenden Sachverhalt in gleicher Weise behandeln würden.

Wegen der oben bereits konstatierten Leuchtturmfunktion der Europäischen Kommission wird ihren Beschlüssen gleichwohl "*informeller Präzedenzcharakter*"⁵²²

⁵¹⁷ Zu besonderen Umständen, aufgrund derer der Beihilfeberechtigte auf die Ordnungsgemäßheit der Beihilfe vertrauen durfte, vgl. *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. Dezember 1995 – C-39/94, ECLI:EU:C:1995:445 – SFEI, Rn. 72ff, und *EuGH*, Urt. v. 20. September 1990 – C-5/89, ECLI:EU:C:1990:320 – Kommission/Deutschland, Rn. 16ff.

⁵¹⁸ *BFH*, Urt. v. 12. Oktober 2000 – III R 35/95 – juris, Rn. 27ff. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde nicht angenommen; *BVerfG*, Beschl. v. 3. Juli 2001 – 1 BvR 382/01, ECLI:DE:BVerfG:2001:rk20010703.1bvr038201.

⁵¹⁹ S.o. 3.3.2(d)(ii)(C) (Seite 98).

⁵²⁰ In der Sache *Masterfoods*, also vor Einführung des Art. 16 VO 1/2003, sah auch der GA Cosmas die Erforderlichkeit einer Sachverhaltsidentität, *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 16. Mai 2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:249 – *Masterfoods*, Rn. 15. Im Zusammenhang mit der späteren Einführung des Art. 16 VO 1/2003 hat auch die Europäische Kommission eben diese Meinung vertreten; Europäische Kommission, Vorsch. Kom. DVO81/82.

⁵²¹ *Schmidt in Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 15 Rn. 18.

⁵²² *O. Weber in Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 10.

und bei fehlender Sachverhaltsidentität ein Charakter von *soft law*⁵²³ zugeschrieben.⁵²⁴ *Divivier*⁵²⁵ geht davon aus, dass schon bei "ähnlichen Sachverhalten" ein Abweichenwollen des nationalen Gerichts von der Auffassung der Europäischen Kommission eine Vermeidung einer Vorlage beim *EuGH* auf der Grundlage von Art. 267 AEUV mangels Anwendbarkeit der *acte claire*-Doktrin ausscheiden lässt.

Nach hier vertretener Auffassung entspricht es der aus dem Loyalitätsgebot abgeleiteten Berücksichtigungspflicht, dass sich das nationale Gericht mit Beschlüssen befasst, welche (vermeintlich) einen vergleichbaren Sachverhalt regeln. Gerade weil diesen Beschlüssen in der Sache des nationalen Gerichts mangels Sachverhaltsidentität keine Verbindlichkeit zukommt (und auch die Parteien des Rechtsstreits i.d.R. keine Möglichkeit haben, gegen solche Beschlüsse vor den Unionsgerichten vorzugehen), bleibt es indes in der Verantwortung des Gerichts, die Sachverhaltsvergleichbarkeit zu prüfen und auf der Grundlage des EU-Wettbewerbsrechts – unter Berücksichtigung der Auffassung der Europäischen Kommission in dem vermeintlichen Präzedenzfall – in eigener Verantwortung zu entscheiden, einschließlich der Frage, ob im Lichte der Auffassung der Europäischen Kommission in dem vermeintlichen Präzedenzfall ein *acte claire* vorliegt oder eine Vorlage an den *EuGH* nach Art. 267 AEUV sinnvoll oder gar geboten ist. Soweit es unklar ist, ob Sachverhaltsidentität besteht, kann das nationale Gericht aufgrund des Loyalitätsgebots verpflichtet sein, mit der Europäischen Kommission in eine Konsultation dazu einzutreten.⁵²⁶

Dieses Ergebnis passt zu der Rechtsprechung des *EuGH*, in welcher er anerkannt hat, dass sich die Umstände ändern können, so dass ein einmal gefasster Beschluss zu einer nachträglichen Sachverhaltsänderung nicht mehr passen mag. Insoweit billigt er – zu Recht – den nationalen Gerichten eine Prüfungskompetenz zu, die aber bei festgestellten Abweichungen in der Pflicht mündet, die Europäische Kommission zu konsultieren oder ein Verfahren nach Art. 267 AEUV einzuleiten.⁵²⁷

⁵²³ S.u. Kapitel 6 (ab Seite 276).

⁵²⁴ *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 10, Rn. 11.

⁵²⁵ *Divivier*, S.430.

⁵²⁶ *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 42; siehe dazu näher unten 7.2.2 (ab Seite 309).

⁵²⁷ *EuGH*, Urt. v. 15. September 2015 – C-574/14, ECLI:EU:C:2016:686 – PGE *Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S. A. gegen Prezes Urzędu Regulacji Energetyki*, Rn. 38 bis 40. So wohl auch *Rennert*, EuZW 2017, 567, 569ff.

(c) Kompetenz und Entscheidungstiefe der Europäischen Kommission

Die Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte wird – wie dargestellt – mit der besonderen Rolle der Europäischen Kommission begründet, die dieser im Bereich des EU-Wettbewerbsrechts zukommt. Umgekehrt gewendet muss die Berücksichtigungspflicht dort enden, wo die der Europäischen Kommission zugebilligte Kompetenz endet.⁵²⁸ Dass auch der *EuGH*⁵²⁹ diesem Gedanken folgt, ergibt sich aus seiner Rechtsprechung zur (nach der VO 1/2003 verteilten) Kompetenz für Beschlüsse über die Verteilung der Haftung zwischen zu einer Unternehmensgruppe gehörenden Gesamtschuldern. Hier ist davon auszugehen, dass der Europäischen Kommission keine Regelungskompetenz für diesen Ausgleich zukommt, sondern diese allein den nationalen Gerichten zusteht.⁵³⁰ Dem haben sich der *BGH*⁵³¹ und die Europäische Kommission⁵³² angeschlossen.⁵³³ Wenn damit bei *ultra vires*-Akten der Europäischen Kommission schon auf der Ebene des Unionsrechts die Berücksichtigungspflicht entfällt, kommt es nicht darauf an, ob sich auch aus nationalem Verfassungsrecht eine Verpflichtung der nationalen Gerichte ergibt, solche Akte nicht zu berücksichtigen; das *BVerfG* geht hiervon aus.⁵³⁴

⁵²⁸ So auch *Schneider* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 7.

⁵²⁹ *EuGH*, Urt. v. 10. April 2014 – verbundene Rechtssachen C-231/11 P bis C-233/11 P, ECLI:EU:C:2014:256 – Siemens, Rn. 40ff; bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 10. April 2014 - Verbundene Rechtssachen C-247/11 P und C-253/11 P, ECLI:EU:C:2014:257 – Areva, Rn. 157ff.

⁵³⁰ Siehe zum 'Wie' des Gesamtschuldnerausgleichs *Kersting*, NZKart 2016, 147.

⁵³¹ *BGH*, Urt. v. 18. November 2014 – KZR 15/12 - Calciumcarbid-Kartell II, juris, Rn. 15, 24f, 37.

⁵³² Diese Sichtweise, dass die nationalen Zivilgerichte die Kompetenz über den Gesamtschuldnerausgleich bei Kartellbeteiligten bezogen auf ein Bußgeld haben, hat die Europäische Kommission mit der durch VO 2015/1348 in die VO 773/2004 eingefügte Regelung in Art. 16a anerkannt: Vor nationalen Gerichten dürfen Informationen aus "*Kronzeugenunternehmenserklärungen*" und aus "*Vergleichsausführungen*" in Settlement-Verfahren "*nur verwendet werden*", wenn dies "*für die Ausübung ihrer Verteidigungsrechte*" vor diesem Gerichten "*erforderlich ist*" und sich diese Verfahren auf die "*Aufteilung einer von der Kommission gesamtschuldnerisch gegen die Kartellbeteiligten verhängten Geldbuße zwischen den Kartellbeteiligten*" beziehen.

⁵³³ Zum Gesamtschuldnerausgleich unter Kartellbeteiligten nach deutschem Recht unter Berücksichtigung der SE-RL *Gänswein*, NZKart 2016, 50, sowie *Rust*, NZKart 2015, 502. Veraltet *Divivier*, S. 416f, der noch von einer Bindungswirkung ausgeht, aber die oben zitierten Urteile nicht mehr berücksichtigen konnte, welche die von *Divivier* zugrunde gelegte Entscheidung des *EuG* aufhoben.

⁵³⁴ Das *BVerfG* geht davon aus, dass deutsche Gerichte auch aus deutscher Verfassungssicht nicht an der "Operationalisierung" von *ultra vires*-Akten mitwirken dürfen; *BVerfG*, Urt. v. 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813 – OMT, juris, Rn. 162; *BVerfG*, Vorlagebeschluss vom 18. Juli 2017 – 2 BvR 859/15 – NJW 2017, 2894, 2896, Rn. 70.

Ähnlich geht der *BGH* (auf der Grundlage des § 33 Abs. 4 GWB a.F., heute § 33b GWB) davon aus, dass die Feststellungswirkung eines Beschlusses (des *BKartA*) auf die Feststellungen der Behörde begrenzt ist, die die Behörde tatsächlich vorgenommen hat.⁵³⁵ So sprach der *BGH* aus, dass aus der Feststellung, dass einmal ein kartellrechtlich relevantes Verhalten vorgelegen hat, von den Zivilgerichten nur im Sinne einer materiellrechtlichen, widerleglichen Vermutung⁵³⁶ abgeleitet werden kann, dass ein kartellrechtswidriges Verhalten fortbestand.⁵³⁷ Selbst wenn im Rahmen einer unionsgerichtlichen Befassung mit einem Beschluss der Europäischen Kommission nachgelagerte Umstände berücksichtigt werden können, ändert dies nichts daran, dass die Unionsgerichte im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle nach Art. 263 AEUV die von der Europäischen Kommission gegebene Begründung nicht durch ihre eigene ersetzen können.⁵³⁸

Damit ergibt sich, dass die Pflicht der nationalen Gerichte zu maßgeblicher Berücksichtigung (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) immer dann endet, wenn die Europäische Kommission über Tatsachen keine den Beschluss (tragenden) Feststellungen getroffen hat oder treffen durfte.

Die Grenzziehung zwischen der Kompetenz der Europäischen Kommission und der der nationalen Zivilgerichte ist nicht immer leicht. So setzt etwa eine Bußgeldentscheidung im Unionskartellrecht Verschulden nach unionsrechtlichen Maßstäben voraus,⁵³⁹ welche allerdings nicht zwingend den für das nationale Schadensersatzrecht geltenden Verschuldensmaßstäben entsprechen.⁵⁴⁰ Dennoch nahmen in der Vergangenheit einige

⁵³⁵ Ähnlich *Kreße*, WRP 2016, 567f, zu Art. 16 VO 1/2003; dessen Wirkung reiche nur soweit die Europäische Kommission tatsächlich entschieden habe. Ähnlich auch *LG Hannover*, Urt. v. 18. Dezember 2017 – 18 O 8/17 –, juris, Rn. 70, und *LG Dortmund*, Urt. v. 21. Dezember 2016 – 8 O 93/14 Kart –, juris, Rn. 161.

⁵³⁶ Vgl. dazu bspw. *EuGH*, Urt. v. 21. Januar 2016 – C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – Eturas u.a., Rn. 33ff.

⁵³⁷ *BGH*, Urt. v. 12. Juli 2016 – KZR 25/14 – Lottoblock II, juris, Rn. 17ff; 23ff.

⁵³⁸ *EuGH*, Urt. v. 21. Januar 2016 – C-603/13 P, ECLI:EU:C:2016:38 – Galp Energía España SA u.a., Rn. 72f.

⁵³⁹ *Dannecker/Biermann in Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), 5. Auflage 2012, vor Art. 23 VO 1/2003, Rn. 182; *Schütz in KöKo Kartellrecht*, VO 1/2003 Art. 23, Rn. 20; *Monopolkommission*, Sondergutachten gem. § 44 Abs. 1 S. 4 GWB, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, BT-Drs. 18/7508, Rn. 108ff. Vgl. zum Verschuldensvorwurf im Bereich des fusionskontrollrechtlichen Bußgeldrechts *EuG*, Urt. v. 26. Oktober 2017 – T-704/14, ECLI:EU:T:2017:753 – Marine Harvest/Kommission, Rn. 234ff.

⁵⁴⁰ SE-RL, Erwägungsgrund (11); *Divivier*, S. 415.

Gerichte,⁵⁴¹ möglicherweise auch das *EuG*,⁵⁴² schlicht eine Bindung an. Dies ist allerdings nicht richtig. Soweit das einschlägige nationale Recht eigene Maßstäbe setzt, dürfen diese vom nationalen Gericht nicht ohne weiteres negiert, sondern müssen – ggf. unter Anwendung einer unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts – diese bestimmen und anwenden. Nationale Gerichte kommen daher insoweit nicht um eigene Feststellungen zur Schuld umhin,⁵⁴³ werden aber bei der Annahme einer Schuld durch die Europäische Kommission oft eine Schuld nach nationalen Maßstäben – widerleglich – vermuten können.

Die Berücksichtigungspflicht muss auch dort enden, wo die Europäische Kommission keine oder keine für die Zwecke des Zivilgerichts ausreichend detaillierten Feststellungen getroffen hat. So können beispielsweise Abstellungsverfügung nach Art. 7 VO 1/2003 ohne Feststellung einer Schuld ergehen,⁵⁴⁴ so dass hier die nationalen Gerichte in Schadensersatzprozessen nicht ohne eigene Feststellungen auskommen. Auch Feststellungen der Europäischen Kommission zur räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung oder zum zeitlichen Ausmaß eines Verstoßes können zwar tragend und damit vom nationalen Gericht zu berücksichtigen sein,⁵⁴⁵ allerdings eben nur,

⁵⁴¹ *LG Hannover*, Urt. v. 18. Dezember 2017 – 18 O 8/17 –, juris, Rn. 193 auf der Grundlage von § 33 Abs. 4 GWB a.F.; auch *LG Düsseldorf*, Urt. vom 19. November 2015 – 14d O 4/14 – juris, Rn. 187, 191, sowie *LG Düsseldorf*, Urt. v. 8. September 2016 – 37 O 27/11 (Kart) – juris, Rn. 176 nahm auf der Grundlage der Entscheidung der Europäischen Kommission ein Verschulden ohne eigene Prüfung an. *LG Köln*, Teilurt. v. 17. Januar 2013 – 88 O 1/11 – juris, Rn. 187, hält es für ausgeschlossen, nicht zu einem Verschulden zu kommen, wenn auf EU-Ebene Verschulden angenommen wurde. Zweifelnd *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 33, Rn. 96, für Entscheidungen nach Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003.

⁵⁴² *EuG*, Urt. v. 16. Dezember 2015 – T-48/11, ECLI:EU:T:2015:988 – *British Airways plc*, Rn. 40, allerdings ohne dass es auf die Frage etwaig abweichender nationaler Maßstäbe dort angekommen wäre.

⁵⁴³ *Raible/Lepper* in *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 26 Rn. 603. Auch *Scheffler*, NZKart 2015, 223, 225, geht davon aus, dass der Verschuldensbegriff nicht übertragbar ist und insoweit keine Bindung besteht, es aber "*schwer vorstellbar*" sei, "*dass ein Zivilgericht abweichend von der Kartellbehörde im Erstverfahren Entschuldigungsgründe feststellt*". *Schneider* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 9, argumentiert, dass die Feststellung zum Verschulden den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu entnehmen sei, weshalb insoweit keine Bindungswirkung bestehe. *Thomas/Legner*, NZKart 2016, 155, 158, lehnen für § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB) eine Bindungswirkung im Bereich des Verschuldens ab.

⁵⁴⁴ *Scheffler*, NZKart 2015, 223, 225; *de Bronett*, NZKart 2015, 512, 514; vgl. auch *Monopolkommission*, Sondergutachten gem. § 44 Abs. 1 S. 4 GWB, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, BT-Drs. 18/7508, Rn. 90.

⁵⁴⁵ *EuG*, Urt. v. 16. Dezember 2015 – T-48/11, ECLI:EU:T:2015:988 – *British Airways plc*, Rn. 40; *Inderst/Thomas*, 108ff; S. 108f; Referentenentwurf des *BMWi* zur 9. GWB-Novelle vom 1. Juli 2016, S. 55; *Weitbrecht*, WuW 2017, 244, 246.

soweit entsprechende Feststellungen tatsächlich enthalten sind.⁵⁴⁶ So kann es für einen EU-kartellrechtlichen Beschluss der Europäischen Kommission genügen, dass nur irgendein Markt betroffen ist,⁵⁴⁷ während für die Ermittlung des entstandenen Schadens eine umfassende Ermittlung zu den betroffenen Märkten erforderlich ist.⁵⁴⁸ Auch kann ein Kartellant aufgrund der Rechtsfigur der "*komplexen und fortdauernden Zuwiderhandlung*" (*Single, Complex and Continous Infringement, SCCI*) für die Teilnahme an einem Gesamtkartell bebußt werden, was dazu führt, dass es für den Beschluss der Europäischen Kommission nicht auf die Details ankommt, wann der Kartellant Schäden verursacht hat; für die Schadenskausalität kann dies dagegen eine Rolle spielen.⁵⁴⁹

Gleiches gilt jedenfalls dann, wenn die Europäische Kommission in einem kartellrechtlichen Beschluss zu (Schadens-) Kausalität oder Schadensumfang nur rudimentäre Feststellungen getroffen hat oder diese nicht zu den tragenden Gründen gehören.⁵⁵⁰ Insoweit steht den Gerichten allenfalls⁵⁵¹ die Möglichkeit zur Verfügung, auf der Grundlage etwaiger Feststellungen der Europäischen Kommission von einer

⁵⁴⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7. November 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 55, unter richtiger Bezugnahme auf *BGH*, Urt. v. 12. Juli 2016 – KZR 25/14 – Lottoblock II, juris, Rn. 18; vgl. dazu auch OLG München, Urt. v. 21. Februar 2013 – U 5006/11 Kart – juris, Rn. 91ff. Ambivalent *EuG*, Urt. v. 12. April 2013 – T-421/08, ECLI:EU:T:2013:181 – Performing Right Society Ltd gegen Europäische Kommission, Rn. 196.

⁵⁴⁷ *Inderst/Thomas*, S. 108f.

⁵⁴⁸ Vgl. *Becker/Vollrath* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 27ff.

⁵⁴⁹ *Inderst/Thomas*, S. 112ff; vgl. dazu *LG Düsseldorf*, Urteil vom 19. November 2015 – 14d O 4/14 – juris, Rn. 191.

⁵⁵⁰ *LG Düsseldorf*, Urt. v. 8. September 2016 – 37 O 27/11 (Kart) – juris, Rn. 176; *Scheffler*, NZKart 2015, 223, 225. So gingen wohl das *OLG Jena*, Urt. v. 22. Februar 2017 – 2 U 583/15 Kart – juris, Rn. 61, und *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 31. Juli 2013, - 6 U 51/12 – juris, Rn. 50, 55, 58, mit Blick auf § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB) und eine Entscheidung des *BKartA* vor. Ebenso gegen eine Bindungswirkung bezogen auf Schadenshöhe und Kausalität nach § 33 Abs. 4 GWB *Kirchhoff*, WuW 2017, 487, 490, *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 166, 165f, sowie *Monopolkommission*, SG 7. GWB-Novelle, Rn. 43: "*Maßgebend hierfür dürfte vor allem die unterschiedliche Zweckeinbindung solcher Feststellungen sein: Der Schadensumfang bei der Festsetzung von Bußgeldern ist nicht mehr als eine Bemessungsgrundlage, die neben anderen Faktoren die Höhe des Bußgeldes mitbestimmt, so dass mangelnde Genauigkeit bei der Ermittlung durch andere Faktoren ausgeglichen werden kann. Bei Schadensersatzleistungen geht es hingegen darum, Vermögenseinbußen wettzumachen.*" Bestätigend für § 33b GWB *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332, 333.

⁵⁵¹ *Inderst/Thomas*, S. 228f, weisen zu Recht darauf hin, dass die Annahme eines Anscheinsbeweises zumindest dann kritisch ist, wenn der durch die veränderte Beweislast Belastete keine Möglichkeit hatte insoweit gegen den zugrundegelegten behördlichen Beschluss vorzugehen.

Umkehr der Beweislast zu Lasten des Schädigers auszugehen,⁵⁵² was – für den Zusammenhang zwischen Zuwiderhandlung und der Annahme, dass grundsätzlich ein Schaden entstanden ist⁵⁵³ – nunmehr auch von der SE-RL (Art. 17) und dementsprechend § 33a Abs. 2 GWB vorgegeben wird. Der *EuGH*⁵⁵⁴ hat sogar angenommen, dass die Befugnis der Bestimmung des Schadensumfangs beim nationalen Richter verbleibt, auch wenn die Europäische Kommission in ihrem Beschluss die "*genauen Auswirkungen der Zuwiderhandlung bestimmt hat*",⁵⁵⁵ sieht also von vornherein die entsprechende Kompetenz nicht bei der Europäischen Kommission, so dass selbst wenn entsprechende Ausführungen der Europäischen Kommission in einem Beschluss enthalten sind, von diesen keine Pflicht zu maßgeblicher Berücksichtigung (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) für die nationalen Gerichte ausgeht. Deutsche Gerichte haben – bezogen auf § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB) – ebenfalls in diesem Sinne entschieden.⁵⁵⁶ Für die Schadenshöhe ist § 287 ZPO heranzuziehen⁵⁵⁷ (nunmehr auch § 33a Abs. 3 GWB).

Es stellt sich auch die Frage, ob ein Beschluss der Europäischen Kommission, in welchem z.B. ein Mutterunternehmen aufgrund der Bußgeldvorschriften der VO 1/2003 trotz fehlendem eigenen Tatbeitrag für Kartelltaten seines Tochterunternehmens bebußt wurde, dazu führt, dass die Passivlegitimation des Mutterunternehmens für den Schadensersatzprozess unterstellt werden muss oder kann: Die 9. GWB-Novelle führte für die *Bußgeldverantwortlichkeit* bei Kartellverstößen eine Kompromisslösung ein, die sich von der deutschen Tradition des Rechtsträgerprinzips entfernt und eine Angleichung (wenn auch keine vollständige) an den unionskartellrechtlichen Unternehmensbegriff versucht. Gleichzeitig wurde vom deutschen Gesetzgeber die Frage offengelassen, ob für die Passivlegitimation in

⁵⁵² *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 31. Juli 2013, - 6 U 51/12 – juris, Rn. 50, 55, 58. Vgl. auch *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 29. Januar 2014 – VI-U (Kart) 7/13 – juris, Rn. 83f.

⁵⁵³ Nicht aber für die Schadenshöhe; *Galle*, NZKart 2016, 214, 219.

⁵⁵⁴ *EuGH*, Urt. v. 6. November 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 – EG/Otis, Rn. 65f; bezogen auf Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003.

⁵⁵⁵ Dies hat der Bundesgesetzgeber im Rahmen der 7. GWB-Novelle für den damals eingeführten § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB) ebenfalls so angenommen, BT-Drs. 15/3640 v. 7. Juni 2004, S. 54. Sich darauf berufend auch *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 6.

⁵⁵⁶ *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 31. Juli 2013, - 6 U 51/12 – juris, Rn. 50, 55, 58; *LG Berlin*, Urt. v. 6. August 2013 – 16 O 193/11 Kart, Rn. 58, 76; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 29. Januar 2014 – VI-U (Kart) 7/13, Rn. 39, 44, 96; *Thüringer Oberlandesgericht*, Urt. v. 22. Februar 2017 – 2 U 583/15 Kart – juris, Rn. 61. Ebenso *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 33, Rn. 96.

⁵⁵⁷ Vgl. dazu *BGH*, Urt. v. 12. Juli 2016 – KZR 25/14 – Lottoblock II, juris, Rn. 40ff.

Schadensersatzprozessen auf der Grundlage von Art. 101, 102 AEUV auf den unionskartellrechtlichen Unternehmensbegriff zurückgegriffen werden kann oder muss. Teilweise wird vertreten, dies ergebe sich bereits aus dem materiellrechtlichen Unionskartellrecht⁵⁵⁸ bzw. implizit aus der Umsetzung der SR-RL⁵⁵⁹ durch die 9. GWB-Novelle.⁵⁶⁰ Soweit materiellrechtlich davon ausgegangen wird, dass schadensersatzrechtlich das Rechtsträgerprinzip fortgilt,⁵⁶¹ kann ein Beschluss der Europäischen Kommission, in welchem eine Gesellschaft aufgrund der Bußgeldvorschriften der VO 1/2003 trotz fehlenden eigenen Tatbeitrags für Kartelltaten einer verbundenen Gesellschaft bebußt wurde, nicht dazu führen, dass die Passivlegitimation der erstgenannten Gesellschaft für den Schadensersatzprozess unterstellt werden kann,⁵⁶² denn soweit die Europäische Kommission keine Feststellungen zu deren Tatbeitrag getroffen hat, gibt es auch nichts, woran eine Pflicht zur maßgeblichen Berücksichtigung (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) anknüpfen könnte.⁵⁶³ Zudem widerspräche es dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes, wenn das Gericht hier auf eigene Feststellungen verzichtete.⁵⁶⁴ Je nach Umständen kann das Zivilgericht aber nach zivilprozessualen Grundsätzen zu einem (widerlegbaren) Anscheinsbeweis kommen, ähnlich dem Fall, in welchem ein Beschluss der Europäischen Kommission ausreichende Indizien zu einem Tatbeitrag einer Gesellschaft enthält, die nicht Adressat der Entscheidung ist;⁵⁶⁵ allerdings ist auch insoweit einzustellen, wenn sich der nicht-Adressat des Beschlusses nicht vor den Unionsgerichten gegen diesen wehren konnte.⁵⁶⁶

⁵⁵⁸ Vgl. hierzu *Monopolkommission*, Sondergutachten gem. § 44 Abs. 1 S. 4 GWB, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, BT-Drs. 18/7508, Rn. 62ff.

⁵⁵⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 SE-RL, wo ein "Unternehmen" als schadensersatzpflichtiger Kartelltäter benannt wird.

⁵⁶⁰ Zum Streitstand *Schaper/Stauber*, NZKart 2017, 279; *Kersting/Preuß*, WuW 2016, 394, 395; *Könen*, NZKart 2017, 15; ablehnend etwa *LG Berlin*, Urt. v. 6. August 2013 - 16 O 193/11 Kart – juris, Rn. 68, 80ff, sowie *LG Düsseldorf*, Urt. v. 8. September 2016 – 37 O 27/11 (Kart) – juris, Rn. 189; uneindeutig *Europäische Kommission*, Entwurf RL ECN+. S. 21, 32, Erwägungsgrund (31), S. 38, Art. 2 Nr. 8.

⁵⁶¹ SE-RL, Erwägungsgrund (11), Art. 4, überlassen die Frage der Zurechenbarkeit dem Recht der Mitgliedstaaten, freilich unter den Grenzen des Effektivitäts- und Äquivalenzprinzips; ebenso wohl auch *Monopolkommission*, HG 21, Rn. 98ff.

⁵⁶² So auch *Klotz*, WuW 2017, 226, 228.

⁵⁶³ So auch *Rummel/Weck*, ZWeR 2017, 166, 182ff.

⁵⁶⁴ Im Ergebnis ebenso *LG Düsseldorf*, Urt. v. 8. September 2016 – 37 O 27/11 (Kart) – juris, Rn. 183ff, und wohl auch *Wachs*, WuW 2017, 2, 8.

⁵⁶⁵ *Galle*, NZKart 2016, 214, 215.

⁵⁶⁶ ArbG Essen, Urt. v. 19. Dezember 2013 – 1 Ca 657/13 – juris, Rn. 132.

(d) Besonderheiten bei fehlender Bestandskraft, bei Beschlüssen mit vorläufiger Positionierung und bei beabsichtigten Beschlüssen

Die in 3.3.2 grundsätzlich festgestellte Berücksichtigungspflicht könnte nur abgeschwächt gelten, wenn nicht sicher ist, ob die Positionierung der Europäischen Kommission tatsächlich endgültig ist. Hier sind insbesondere drei Szenarien hervorzuheben: Erstens, die Europäische Kommission hat sich in einem Beschluss abschließend auf eine Position festgelegt, aber der Beschluss ist noch nicht bestandskräftig.⁵⁶⁷ Zweitens, die Europäische Kommission hat sich in einem Beschluss nicht festgelegt, sondern nur eine vorläufige Auffassung eingebracht, die unter dem Vorbehalt einer abschließenden Beurteilung in einem verfahrensbeendenden Beschluss steht. Drittens, die Europäische Kommission hat nur die Absicht zu einem Beschluss geäußert.

Der *EuGH* hatte – im Bereich des Beihilfenrechts – zunächst (nur) auf bestandskräftige Entscheidungen der Europäischen Kommission abgestellt.⁵⁶⁸ Anders als etwa § 33b GWB setzt aber Art. 288 Abs. 4 AEUV nach seinem Wortlaut keine Bestandskraft voraus, was dafür spricht, dass auch nicht-bestandskräftigen Beschlüssen eine Berücksichtigungspflicht anhaftet. Unterstützt wird dies durch die Tatsache, dass eine Nichtigkeitsklage keine Suspensivwirkung entfaltet (Art. 278 S. 1 AEUV).⁵⁶⁹ Hieraus wird abgeleitet, dass mit diesen Beschlüssen bis zu ihrer Aufhebung die Vermutung der Gültigkeit einhergeht.⁵⁷⁰

Daher könnte man bereits damit eine strenge Berücksichtigungspflicht annehmen. Gleiches gilt für die vorläufige Positionierung der Europäischen Kommission zu einer materiellrechtlichen Frage im Beschlusswege (insbesondere einem beihilfenrechtlichen Beschluss zur Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens). Manche wollen bereits aus

⁵⁶⁷ *BFH*, Urt. v. 12. Oktober 2000 – III R 35/95 – juris, Rn. 27ff, bejahte eine "Bindung" der nationalen Gerichte an eine Entscheidung der Europäischen Kommission und diese mit Verweis auf die Wirkung ihrer "Bestandskraft".

⁵⁶⁸ *EuGH*, Urt. v. 9. März 1994 – C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 – TWD, Rn. 17ff, 25.

⁵⁶⁹ *Klees*, § 8, Rn. 108; *O. Weber* in *Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5.

⁵⁷⁰ *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 9; *EuGH*, Urt. v. 14. Dezember 2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 – Masterfoods, Rn. 53ff, und *EuGH*, Urt. v. 12. Februar 2008 – C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79 – CELF/SIDE, Rn. 60.

solchen, nicht endgültigen Festlegungen eine starre Bindungswirkung zu Lasten der nationalen Gerichte ableiten.⁵⁷¹

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass ein nicht-bestandskräftiger Beschluss bzw. eine nur vorläufige Einschätzung im Beschlusswege gerade nicht zwingend eine abschließende Positionierung darstellt und sie sich ändern oder gar ganz wegfallen könnte.⁵⁷² Selbst wenn einem abschließenden (aber nicht bestandskräftigen) Beschluss die Vermutung der Gültigkeit und einer vorläufigen Positionierung im Rahmen eines Eröffnungsbeschlusses die (statistische) Vermutung ihres Bestandes anhaftet, besteht gleichwohl hierüber keine Sicherheit.⁵⁷³ Gerade weil auch den nationalen Gerichten bei der Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts eine wichtige Rolle zukommt und sie – im Grundsatz – zur selbständigen Beurteilung des EU-Wettbewerbsrechts berufen⁵⁷⁴ und dabei auch der Verpflichtung zu einem effektiven Rechtsschutz unterworfen sind,⁵⁷⁵ dürfen diese das Risiko nicht ignorieren, dass ein nicht-bestandskräftiger Beschluss bzw. eine vorläufige Positionierung der Europäischen Kommission wegfallen oder geändert werden könnte.⁵⁷⁶ Für den Fall einer nur vorläufigen Positionierung der Europäischen Kommission tritt hinzu, dass diese in aller Regel nur auf der Grundlage einer vorläufigen Ermittlung stattgefunden hat, bei der die für eine abschließende Entscheidung notwendigen Anhörungsrechte nicht gewahrt werden (müssen).⁵⁷⁷ Dies

⁵⁷¹ *Martin-Ehlers*, EuZW 2014, 247, 248: "Für den Fall, dass die Kommission ein formelles Prüfverfahren eingeleitet hat, muss eine Rückforderung erfolgen, gleich in welcher Art von Verfahren."

⁵⁷² *Rennert*, EuZW 2017, 567, 569. Beispiel: In der beihilfenrechtlichen Sache SA.31149 nahm die Europäische Kommission mit dem Beschluss zur Eröffnung eines formalen Prüfungsverfahrens am 22. Februar 2012 das Vorliegen einer Beihilfe an und das *EuG* (Urt. v. 9. September 2014 – T-461/12, ECLI:EU:T:2014:758 – Hansestadt Lübeck gegen Europäische Kommission, Rn. 27) und der *EuGH* (Urt. v. 21. Dezember 2016 – C-524/14, ECLI:EU:C:2016:971 – Europäische Kommission gegen Hansestadt Lübeck, Rn. 29) bejahten insoweit auch eine Wirkung auf die nationalen Gerichte. In der abschließenden Entscheidung vom 7. Februar 2017 stellte die Europäische Kommission dann fest, dass keine Beihilfe vorliegt. Vgl. zur Einordnung dieses Verfahrens im Folgenden u.a. Seiten 139f, 222f.

⁵⁷³ Ähnlich *BVerwG*, Urt. v. 26. Oktober 2016 – 10 C 3/15, ECLI:DE:BVerwG:2016:261016U10C3.15.0 – juris, Rn. 29; *Held-Daab*, jurisPR-BVerwG 3/2017, Anm. 2.

⁵⁷⁴ S.o. 2.3.3 (ab Seite 38); ebenso nun auch *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 41.

⁵⁷⁵ *EuGH*, Beschl. v. 10. Oktober 2017 – C-640/16 P, ECLI:EU:C:2017:752 – Greenpeace Energy eG, Rn. 60ff.

⁵⁷⁶ *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 43.

⁵⁷⁷ *Berrisch*, EuZW 2014, 253, 254f, der dies u.a. wie folgt begründet "Nach der Beihilfeverfahrensverordnung wird vor Erlass der Eröffnungsentscheidung allein der Mitgliedstaat angehört. Weder der Geber der angeblichen Beihilfe (wenn dieser, wie vielfach, nicht der Mitgliedstaat selbst ist), noch der Begünstigte können sich an dem Verfahren beteiligen und ihre Interessen, die von denen des Mitgliedstaats abweichen können, verteidigen. Der *EuGH* hat dies als mit dem Recht auf ein faires Verfahren für vereinbar erklärt und dies damit begründet, dass die Vorprüfphase allein dazu diene, eine erste Meinung zu bilden [*EuGH*, *Slg.*

gilt – in verstärktem Maße – wenn die Europäische Kommission einen Beschluss nur beabsichtigt, ohne dass sich dies in einem Beschluss manifestiert.

Damit ist es erforderlich, das Spannungsverhältnis zwischen Berücksichtigungspflicht und dem Risiko der Aufhebung eines Beschlusses bzw. der Änderung der Position der Europäischen Kommission aufzulösen. In der Regel wird es vom Einzelfall abhängen, welches Vorgehen geboten ist. Dabei bietet bereits das Primärrecht Möglichkeiten, wie hier vorgegangen werden kann. So kann sich das nationale Gericht bei Zweifeln an der Gültigkeit eines Beschlusses über ein Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV⁵⁷⁸ oder ein Abwarten des Ausgangs einer Nichtigkeitsklage gegen den Beschluss⁵⁷⁹ Gewissheit verschaffen,⁵⁸⁰ was in der Regel – unter Anwendung des Äquivalenz- und Effektivitätsprinzips⁵⁸¹ – mit einer Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens ggf.

1993, I-EUGH-SLG Jahr 1993 I Seite 3203 = BeckRS 2004, 75219 Rn. 16 – Matra SA]. Man kann jedoch nicht einerseits ein Recht auf Beteiligung an dem Verfahren zum Erlass der Eröffnungsentscheidung mit der Begründung ablehnen, dies diene nur dazu, der Kommission zu erlauben, sich eine vorläufige Meinung zu bilden, und gleichzeitig dieser vorläufigen Meinung der Kommission dann eine tief in die Rechtspositionen der Betroffenen eingreifende Wirkung zusprechen." Vgl. auch BGH, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 44.

⁵⁷⁸ Divivier, S. 482ff, untersucht die Frage auf, ob die Vorlage nach Art. 267 AEUV vor Eintritt der Bestandskraft nach ungenutzter Ablauf der Klagfrist nach Art. 263 AEUV unzulässig wird und kommt zu dem Ergebnis, dass dies nicht der Fall ist. Allerdings dürfte es selten vorkommen, dass vor des Eintritt der Bestandskraft bereits dem EuGH Fragen nach Art. 267 AEUV vorgelegt werden. Eine Vorlage des Gerichts nach Art. 267 AEUV bei gleichzeitiger Anhängigkeit ist – wenn schon nicht unzulässig – in der Regel nicht sinnvoll; Divivier, S. 477ff.

⁵⁷⁹ Sura in Langen/Bunte, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 10, hält dies für die bessere Alternative, "weil nur das Nichtigkeitsverfahren die umfassende Prüfung der Rechtsgültigkeit der Kommissionsentscheidung erlaubt". Diese Option kann das nationale Zivilgericht natürlich aktiv nicht wählen, denn die Nichtigkeitsklage müsste von den Betroffenen beim EuG erhoben werden.

⁵⁸⁰ Es ist nicht völlig ausgeschlossen, dass auch andere Verfahrensarten vor dem EuGH zu Klärung beihilfenrechtlicher Fragen beitragen; zum Rechtsschutz vor den Unionsgerichten im Beihilfenbereich vgl. Weiß, ZHR 180 (2016), S. 80, 85ff.

⁵⁸¹ EuGH, Urt. v. 21. Februar 1991 – Verbundene Rechtssachen C-143/88 und C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65 – Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Rn. 16ff; in diesem Fall bezogen auf gerichtlichen Schutz, wenn "die verwaltungsmäßige Durchführung von Gemeinschaftsverordnungen nationalen Stellen obliegt"; für das Vorlageverfahren beim EuGH sei das gerichtliche Ausgangsverfahren auszusetzen und ggf. vorläufiger Rechtsschutz zu gewähren; dabei sei das "Interesse der Gemeinschaft daran in Rechnung zu stellen, daß diese Verordnungen nicht vorschnell außer Anwendung gelassen werden"; dieser Verpflichtung werde "das nationale Gericht im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes nur gerecht, wenn es zu allererst prüft, ob der fraglichen Gemeinschaftsverordnung nicht jede praktische Wirksamkeit genommen wird, wenn sie nicht sofort angewandt wird."

verbunden mit einstweiligen Regelungen⁵⁸² einhergehen wird.⁵⁸³ Je nach Umständen kann sich dies zu einer Pflicht zur Aussetzung verdichten.⁵⁸⁴

Umgekehrt muss das nationale Gericht aber nicht zwingend aussetzen, wenn es – aufgrund eigener Anschauung von Sachverhalt und Rechtsfragen – den Beschluss der Europäischen Kommission für richtig und gültig hält.⁵⁸⁵ Für eine Pflicht zur Aussetzung auch in diesem Fall kann allerdings wiederum das Rechtsschutzbedürfnis einer Partei vor dem Zivilgericht sprechen, insbesondere wenn gerade diese Partei den betreffenden Beschluss vor den Unionsgerichten angefochten hat (Art. 47 ChartaGR⁵⁸⁶); dieses Rechtsschutzbedürfnis der einen Partei ist mit dem Gedanken des effektiven Rechtsschutzes der anderen Partei abzuwägen.⁵⁸⁷

Welche Maßnahmen hier geboten sind, hängt auch vom einschlägigen Bereich des EU-Wettbewerbsrechts ab, da insoweit unterschiedliche Interessen zum Ausgleich zu bringen sind. Da hier weitere Aspekte zu berücksichtigen sind, wird dies in einem eigenen Abschnitt weiter untersucht.⁵⁸⁸

(e) Anknüpfung bei beabsichtigten Beschlüssen

Wie oben dargestellt, lässt sich aus dem Loyalitätsgebot im Zusammenspiel mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit, Art. 17 EUV sowie dem *effet utile*-Gedanken, bezogen auf das EU-Wettbewerbsrecht, eine grundsätzliche Berücksichtigungspflicht auch

⁵⁸² *EuGH*, Urt. v. 5. Oktober 2006 – C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 – Transalpine Ölleitung, Rn. 46; *Europäische Kommission*, BZKG101/102, Rn. 14; *Sura in Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 11, *Klees*, § 8, Rn. 119.

⁵⁸³ *EuGH*, Urt. v. 14. Dezember 2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 – Masterfoods, Rn. 53ff; BZKG101/102, Rn. 13.

⁵⁸⁴ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 26. Juni 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:388 – EG/Otis, Rn. 53.

⁵⁸⁵ *BGH*, Urt. v. 18. November 2014 – KZR 15/12 – Calciumcarbid-Kartell II, juris, Rn. 123f.

⁵⁸⁶ Grundsatz der Waffengleichheit; vgl. dazu *EuGH*, Urt. v. 16. Mai 2017 – C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373 – Berlioz Investment Fund SA gegen Directeur de l'administration des contributions directes; Rn. 96; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 10. März 2016 – C-543/14, ECLI:EU:C:2016:157 – Ordre des barreaux francophones et germanophone, Rn. 95 / Fn. 31; *EuGH*, Urt. v. 17. Juli 2014 – C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099 – Juan Carlos Sánchez Morcillo, Rn. 49; *EuGH*, Urt. v. 6. November 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 – EG/Otis, Rn. 38ff; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 26. Juni 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:388 – EG/Otis, Rn. 57ff; Sondergutachten der Monopolkommission gem. § 44 Abs. 1 S. 4 GWB, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, BT-Drs. 18/7508 v. 28. Januar 2016, Rn. 57, 113; *Becker/Vollrath in von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 43.

⁵⁸⁷ *EuGH*, Urt. v. 16. Juli 2015 – C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 – Huawei, Rn. 42.

⁵⁸⁸ Unterabschnitt (f) dieses Abschnitts 3.3.3 (unten ab Seite 135).

bezogen auf anstehende Beschlüsse der Europäischen Kommission ableiten. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass die Europäische Kommission einer Entscheidungsfindung in einem Maße nahegetreten ist, dass mehr als eine bloß unverbindliche Orientierungswirkung für die nationalen Gerichte anzunehmen ist. In den maßgeblichen Urteilen *Delimitis/Henninger Bräu*⁵⁸⁹ und *Masterfoods*⁵⁹⁰ hat der *EuGH* insoweit darauf abgestellt, dass die Europäische Kommission einen Beschluss "beabsichtigt". Auf Französisch, der Arbeitssprache des *EuGH*, wurde der Begriff "*envisagées*" verwendet, in der englischen Sprachfassung "*envisaged*" (*Delimitis/Henninger Bräu*) bzw. "*contemplated*" (*Masterfoods*).

Wann allerdings genau von einer solchen Absicht der Europäischen Kommission auszugehen ist, lässt der Wortlaut des Primärrechts ebenso offen, wie der der genannten Entscheidungen des *EuGH*. Da die Pflicht zur Berücksichtigung einen weitgehenden Eingriff in die sonst bestehende Verfahrensautonomie der nationalen Gerichte bedeutet, kann nicht jede beliebige Handlung oder Positionierung der Europäischen Kommission als hinreichende "Absicht" gedeutet werden. Nicht nur die Europäische Kommission, sondern auch die nationalen Gerichte sind zu einer effektiven Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts aufgerufen. Diese würde indes verhindert, wenn bereits unspezifische Vorgänge bei der Europäischen Kommission zu einer Berücksichtigungspflicht führten. Eine Leuchtturmfunktion kann vielmehr nur dann von der Europäischen Kommission ausgehen, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass sich diese in einer bestimmten Weise zu einer wettbewerbsrechtlichen Frage äußern wird, spürbar erhöht hat.⁵⁹¹

An diesem – primärrechtlichen – Maßstab sind die Handlungen der Europäischen Kommission zu messen, wenn vom nationalen Gericht festgestellt wird, ob eine ausreichende "Absicht" vorliegt. Dabei werden die nationalen Gerichte nicht umhin kommen, den sekundärrechtlichen Kontext zu bewerten, welcher der Europäischen Kommission einzelne Verfahrensschritte vorgibt und auch (wenn auch vielleicht nicht abschließend) Auskunft darüber gibt, wie weit die Positionierung der Europäischen Kommission fortgeschritten ist. Daher ist die Frage, ob hinreichende "Absicht" vorliegt, in diesem Licht zu betrachten. In Betracht kommen hier im Rahmen des EU-Kartellrechts v.a. das Vorliegen einer Beschwerde, die Aufnahme von Ermittlungen,

⁵⁸⁹ *EuGH*, Ur. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 - *Delimitis / Henninger Bräu*, Rn. 47.

⁵⁹⁰ *EuGH*, Ur. v. 14. Dezember 2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 – *Masterfoods*, Rn. 51.

⁵⁹¹ Das OLG Düsseldorf stellt insoweit die (zu berücksichtigende) konkrete Möglichkeit eines Beschlusses der Europäischen Kommission der (nicht zu berücksichtigenden) abstrakten Möglichkeit eines solchen Beschlusses gegenüber; *OLG Düsseldorf*, Ur. v. 5. Mai 2016, VI-Kart 1/16 (V), juris, Rn. 113.

die Einleitung eines Verfahrens oder das Vorliegen von Beschwerdepunkten, im Rahmen des Beihilfenrechts v.a. der Eingang einer Anmeldung einer Beihilfe oder Beschwerde, die Aufnahme von Ermittlungen oder die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens und im Fusionskontrollrecht v.a. der Eingang einer (formalen) Anmeldung, die Befreiung vom Vollzugsverbot sowie der Eintritt in das Hauptprüfverfahren (Phase II). Diese Aspekte werden im Folgenden untersucht.

(i) Eingang einer Anmeldung oder einer Beschwerde oder Aufnahme erster Ermittlungsmaßnahmen im Beihilfenrecht

Der Eingang der Anmeldung einer Beihilfe lässt keinen gesicherten Schluss auf eine bestimmte Absicht der Europäischen Kommission zu, wie sie sich zu der Beihilfe verhalten wird. Dieser Akt ist rein formal und geht auch nicht von der Europäischen Kommission aus, die zu diesem Zeitpunkt noch alle Optionen (informelle Verfahrensbeendigung, formale Feststellung, dass keine Beihilfe vorliegt, Positiventscheidung oder Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens) offen hat.⁵⁹² Gleiches gilt für den Eingang einer Beschwerde (Art. 24 Abs. 1 S. 1 VO 2015/1589). Auch aus der Aufnahme erster Ermittlungsmaßnahmen nach Eingang von Anmeldung oder Beschwerde ist kein Schluss auf die spätere Positionierung der Europäischen Kommission möglich, auch weil der betroffene Mitgliedstaat noch die Möglichkeit hat, durch Anpassungen die Beurteilungen der Europäischen Kommission zu beeinflussen.⁵⁹³

(ii) Beschwerde oder Aufnahme von Ermittlungen im EU-Kartellrecht

Auch im EU-Kartellrecht lassen die Einleitung von Ermittlungsmaßnahmen oder das Vorliegen von Beschwerden keinen Schluss auf eine bestimmte Absicht der Europäischen Kommission zu. Nach Art. 1 Abs. 3 VO 773/2004 können Ermittlungsmaßnahmen nach Kapitel V VO 1/2003 durchgeführt werden, bevor die Europäische Kommission ein Verfahren einleitet. Im Umkehrschluss ergibt sich, dass Ermittlungsmaßnahmen nicht den zwingenden Schluss zulassen, dass ein Verfahren formal eingeleitet wurde. Art. 1 Abs. 4 VO 773/2004 stellt klar, dass auch eine

⁵⁹² So im Ergebnis auch *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755- Lufthansa / Flughafen Hahn, Rn. 34; *EuG*, Urt. v. 16. Oktober 2014– T-129/13, ECLI:EU:T:2014:895 – Alpiq, Rn. 27, 34ff; aufgegriffen in *EuG*, Urt. v. 3. März 2015 – T-251/12, ECLI:EU:T:2015:142 - Gemeente Nijmegen, Rn. 31ff.

⁵⁹³ *EuGH*, Urt. v. 21. Dezember 2016 – C-131/15 P, ECLI:EU:C:2016:989 – Club Hotel Loutraki AE u.a., Rn. 30ff.

Beschwerde gemäß Art. 7 VO 1/2003 nicht zwingend zu einer formalen Verfahrenseinleitung führen muss. Da Ermittlungsmaßnahmen und Beschwerden damit schon kein sicheres Anzeichen für das Vorliegen eines formal eröffneten Verfahrens sind, sind sie erst recht kein sicheres Anzeichen, dass die Europäische Kommission (innerhalb eines solchen Verfahrens) einen bestimmten Beschluss beabsichtigt. Dies gilt umso mehr, als im EU-Kartellrecht – wie im Folgenden gezeigt wird – auch die Verfahrenseröffnung keinen zwingenden Rückschluss auf die Absicht zulässt.

(iii) Beschluss über die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens im Beihilfenrecht

In einem Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens nach Art. 4 Abs. 2 VO 2015/1589 nimmt die Europäische Kommission im Rahmen einer vorläufigen Prüfung das Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV und Anlass zu "*Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt*" an. Die Besonderheit dieser Konstellation liegt darin, dass einerseits formal ein Beschluss vorliegt, dieser allerdings andererseits materiellrechtlich, zur Frage des Vorliegens einer Beihilfe, nur eine vorläufige Bewertung der Europäischen Kommission enthält. Die Frage einer Berücksichtigungspflicht für die nationalen Gerichte aus der Verbindlichkeit nach Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV wurde bereits oben thematisiert.⁵⁹⁴ Hier soll untersucht werden, ob daraus einem solchen Beschluss bereits eine hinreichende Absicht der Europäischen Kommission zur Fassung eines Beschlusses inhärent ist, die ein Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen der nationalen Gerichte rechtfertigt.

Die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens stellt – was die Einordnung einer Maßnahme als Beihilfe angeht – keine endgültige Festlegung der Europäischen Kommission dar. Dies ergibt sich aus Art. 9 Abs. 2 VO 2015/1589, wonach auch im förmlichen Prüfverfahren festgestellt werden kann, dass keine Beihilfe vorliegt.⁵⁹⁵ Dies wird als Argument dafür vorgebracht, dass in dem Eröffnungsbeschluss nicht ein Beleg einer hinreichenden Absicht i.S.d. Delimitis-Rechtsprechung zu sehen ist⁵⁹⁶ bzw. dass

⁵⁹⁴ S.o. 3.3.2(d)(iii) (ab Seite 99) und 3.3.3(d) (ab Seite 116).

⁵⁹⁵ Dass dies "*gegebenenfalls nach entsprechenden Änderungen durch den betreffenden Mitgliedstaat*" gilt, bedeutet nicht, dass sich in den Augen der Europäischen Kommission die vorläufige Bewertung als Beihilfe auch ohne solche Änderungen im förmlichen Prüfverfahren als falsch herausstellen kann. Dies ergibt sich aus dem Wort "*gegebenenfalls*", welches in der französischen Fassung mit "*le cas échéant*" (zu übersetzen etwa mit 'wenn nötig' oder 'gegebenenfalls' oder 'unter Umständen') und in der englischen Fassung mit "*where appropriate*" gefasst wurde.

⁵⁹⁶ Kreße, WRP 2017, 663, 665.

von dem Eröffnungsbeschluss keine Berücksichtigungspflicht für die nationalen Gerichte abzuleiten ist.⁵⁹⁷

Der *EuGH* argumentiert hinsichtlich der Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte im Zusammenhang mit der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens mit dem *effet utile* des Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV, auch wenn – wie der *EuGH* hervorhebt – insoweit nur vorläufige Bewertungen der Europäischen Kommission vorliegen.⁵⁹⁸ Der *EuGH* verzichtete in seinen entsprechenden Entscheidungen allerdings darauf, auf den Begriff der "Absicht" einzugehen. Gleichwohl ist offensichtlich, dass für den *EuGH* in diesem Verfahrensstadium der Grad der Wahrscheinlichkeit, dass es zur Beihilfe kommen wird, ausreichend hoch ist, um abweichende Entscheidungen der nationalen Gerichte nicht zuzulassen.

Dies ist auch nachvollziehbar. Der Beschluss zur Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens schließt eine erste Beurteilung einer Maßnahme mit einer Positionierung der Europäischen Kommission ab und legt es nahe, dass diese auch endgültig zu dem Ergebnis kommt, dass eine Beihilfe vorliegt. Wie oben dargestellt ergibt sich aus dem Loyalitätsgebot⁵⁹⁹ in Verbindung mit dem Gedanken der Rechtssicherheit und mit Blick auf die herausgehobene Rolle der Europäischen Kommission im Allgemeinen (Art. 17 EUV) und Besonderen (Art. 107f AEUV) eine Berücksichtigungspflicht, die auf eine einheitlich Anwendung des Unionsrechts abzielt. Wenn sich mit einer Maßnahme wie der Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens mittels einer ersten Positionierung die Wahrscheinlichkeit deutlich erhöht, dass die Europäische Kommission auch abschließend zur Annahme einer Beihilfe kommen wird, ist mithin der Grad einer Absicht erreicht, die eine maßgebliche Berücksichtigungspflicht (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) rechtfertigt.

Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Qualität der Äußerungen der Europäischen Kommission zu der Frage, ob eine Beihilfe vorliegt, von Eröffnungsbeschluss zu Eröffnungsbeschluss stark variieren kann.⁶⁰⁰ Es ließe sich argumentieren, dass eine

⁵⁹⁷ Vgl. Kamann, ZWeR 2014, 60, 72.

⁵⁹⁸ *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755- Lufthansa / Flughafen Hahn, Rn. 37ff; bestätigt in *EuGH*, Beschl. v. 4. April 2014 – C-27/13, ECLI:EU:C:2014:240 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, Rn. 20ff.

⁵⁹⁹ Auf welches der *EuGH* ebenfalls abstellt (vgl. vorstehend Fn. 598).

⁶⁰⁰ Kamann, ZWeR 2014, 60, 72f.

Berücksichtigungspflicht nicht weiter gehen kann, als der Gehalt der Entscheidung⁶⁰¹ und mithin der Grad der Berücksichtigungspflicht vom Grad der Festlegung der Europäischen Kommission im Eröffnungsbeschluss abhängt.⁶⁰² Der Rechtsprechung des *EuGH* ist dies allerdings nicht zu entnehmen und es wäre auch falsch. Zwar mag der Gehalt eines Eröffnungsbeschlusses einerseits Indizien oder gar klare Äußerungen der Europäischen Kommission dahingehend enthalten, dass die Einstufung einer Maßnahme als Beihilfe keinesfalls sicher ist. Allerdings manifestiert der Eröffnungsbeschluss, dass die Europäische Kommission insoweit von einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ausgeht. In einem System wie dem des Beihilfenrechts, in welchem die Europäische Kommission bereits primärrechtlich als zentrale Behörde installiert ist, liegt es nahe, bereits diesen Grad an Aussagekraft ausreichen zu lassen, um von einer Berücksichtigungspflicht auszugehen. Dies gilt umso mehr, als auch statistisch eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass aus der vorläufigen eine endgültige Annahme einer Beihilfe wird.⁶⁰³

(iv) Verfahrenseröffnung im EU-Kartellrecht

Im Rahmen der Genese der späteren VO 1/2003 hat die Europäische Kommission die Rechtsprechung des *EuGH* so ausgelegt, dass der Anknüpfungspunkt der Berücksichtigungspflicht die Verfahrenseinleitung darstellt.⁶⁰⁴ Ob die Europäische Kommission diese Auffassung aufrechterhalten hat, ist unklar.⁶⁰⁵

⁶⁰¹ So auch *Soltész*, EuZW 2012, 60, 64.

⁶⁰² *Fronczak*, EuR 2014, 576, 584f.

⁶⁰³ *Fronczak*, EuR 2014, 576, 587 : "*Lediglich in 3-5 % ihrer Entscheidungen verneint die Kommission den Beihilfecharakter einer Maßnahme nach dem förmlichen Prüfverfahren.*"

⁶⁰⁴ *Europäische Kommission*, Weißbuch 81/82, Rn. 102 (1), welches das *Masterfoods*-Urteil noch nicht berücksichtigte (*Bartels*, S. 87, Fn. 320): "*Hat die Kommission ein Verfahren eröffnet oder gar eine abschließende Entscheidung erlassen, so muß das staatliche Gericht laut Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Rechtssache Delimitis abweichende Entscheidungen vermeiden. Zu diesem Zweck kann es das Verfahren aussetzen, um von der Kommission Auskünfte zu erhalten, oder den Gerichtshof gemäß Artikel 177 EG-Vertrag um Vorabentscheidung ersuchen.*"

⁶⁰⁵ Die VO 773/2004 der Europäischen Kommission scheint auf den ersten Blick anzudeuten, dass diese mit der Verfahrenseröffnung auch die Absicht zu einer Entscheidung i.S.d. Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 verknüpft sieht, denn in Erwägungsgrund (2) der VO 773/2004 wiederholt die Europäische Kommission (allerdings ohne Bezugnahme auf Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003) den dort aufgestellten Grundsatz, dass "*die einzelstaatlichen Gerichte es vermeiden*" müssen, "*Entscheidungen zu erlassen, die einer Entscheidung zuwiderlaufen, die die Kommission in derselben Sache zu erlassen beabsichtigt.*" Unter anderem deshalb sei es "*wichtig, dass die Gerichte und Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten von der Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission Kenntnis erhalten. Die Kommission sollte deshalb ihre verfahrenseinleitenden Beschlüsse bekannt machen können.*"

In der Literatur wird in der Verfahrenseröffnung oft bereits eine hinreichende Absicht gesehen⁶⁰⁶ und zur Begründung auf die *EuGH*-Urteile *Anne Marty / Estée Lauder*⁶⁰⁷ und *Brasserie de Haecht II*⁶⁰⁸ verwiesen.⁶⁰⁹ Tatsächlich spricht der *EuGH* im Zusammenhang mit der Verfahrenseröffnung dort vom Willen der Kommission eine Entscheidung herbeizuführen. Allerdings geht dies schon deshalb fehl, weil sich die dort in Bezug genommene, sekundärrechtliche Norm der VO 17⁶¹⁰ auf die Abgrenzung der Kompetenzen von Europäischer Kommission und nationalen Behörden bezog, welche damals wie heute anderen Regelungen folgt als das Verhältnis von Europäischer Kommission und Gerichten.⁶¹¹ Letzteren wurde gerade in der Entscheidung *Anne Marty / Estée Lauder*⁶¹² bescheinigt, dass ihre (auf der Grundlage des Primärrechts angenommene) Zuständigkeit durch die Verfahrenseröffnung nicht eingeschränkt wird. Es tritt hinzu, dass die damals zugrundegelegte sekundärrechtliche Norm (VO 17) heute nicht mehr gilt.

Soweit sich aus dem Primärrecht eine grundsätzliche Berücksichtigungspflicht für nur beabsichtigte Beschlüsse der Europäischen Kommission ergibt, lässt sich im EU-Kartellrecht eine zwingende oder gar ausschließliche Anknüpfung an die Verfahrenseröffnung nicht feststellen. Auch in den Urteilen des *EuGH* *Delimitis / Henninger Bräu* und *Masterfoods*, die der Entscheidung *Anne Marty / Estée Lauder*

⁶⁰⁶ Schmidt in Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 15 Rn. 15.

⁶⁰⁷ *EuGH*, Urte. v. 10. Juli 1980 – 37/79, ECLI:EU:C:1980:190 - Anne Marty / Estée Lauder, Rn. 14, 16.

⁶⁰⁸ *EuGH*, Urte. v. 6. Februar 1973 – 48/72, ECLI:EU:C:1973:11 – Brasserie de Haecht, Rn. 16.

⁶⁰⁹ Schneider in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 14; Bartels, S. 184.

⁶¹⁰ Art. 9 Abs. 3 VO 17; vgl. dazu Bunte in Langen/Bunte, Kartellrecht 2001, VO 17 Art. 9, Rn. 5ff.

⁶¹¹ S.o. 2.3.3(c) (ab Seite 45).

⁶¹² *EuGH*, Urte. v. 10. Juli 1980 – 37/79, ECLI:EU:C:1980:190 - Anne Marty / Estée Lauder, Rn. 16.

folgten, spielte die Verfahrenseröffnung keine tragende Rolle. Zudem wurde auch hier bestätigt, dass die Gerichte auch im Fall der Verfahrenseröffnung durch die Europäische Kommission durchentscheiden können,⁶¹³ was auch die Europäische Kommission akzeptiert hatte.⁶¹⁴

In der Praxis wird mit der Verfahrenseröffnung oft nur die vertiefte Untersuchung eines Verdachts angestoßen. So stellt die Europäische Kommission in Mitteilungen über eine Verfahrenseröffnung i.d.R. klar, dass die Verfahrenseröffnung letztlich ergebnisoffen ist.⁶¹⁵ Schließlich sieht sich die Europäische Kommission nur berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Einleitung des Verfahrens (öffentlich) bekannt zu machen,⁶¹⁶ so dass ihr schon von daher nicht zwingend *per se* eine berücksichtigungsfähige Wirkung zukommen kann.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 101, 102 AEUV ein relevantes Indiz für eine für die Berücksichtigungspflicht hinreichende "Absicht" darstellen kann, aber nicht zwingender Ausweis des Vorliegens einer solchen "Absicht" ist. Damit unterscheidet sich das Ergebnis zu dem bei der Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens im Beihilfenrecht. Dies ist allerdings – mit Blick auf die derzeitige sekundärrechtliche Rechtslage – auch gerechtfertigt. Im Beihilfenrecht muss die Europäische Kommission im Rahmen des Art. 4 VO 2015/1589 eine (vorläufige) Entscheidung herbeiführen, ob sie von einer Beihilfe ausgeht oder nicht. Anders räumt sich die Europäische Kommission im Rahmen des

⁶¹³ *EuGH*, Urt. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 - Delimitis / Henninger Bräu, Rn. 50, setzte nur eine gewisse Sicherheit des nationalen Richters voraus, dass seine Entscheidung nicht gegen die zu erwartende Entscheidung der Europäischen Kommission verstößt. War er sich aber bspw. sicher, dass die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 EG nicht vorlagen, konnte er nach dem vom *EuGH* aufgestellten Grundsätzen trotz Verfahrenseinleitung der Europäischen Kommission entscheiden; s.o. 3.2 (ab Seite 75). Ebenso *Bartels*, S. 74ff.

⁶¹⁴ BZKG85/86, Rn. 23. Zur Möglichkeit des Durchentscheidens auf der Grundlage der GVOen *Europäische Kommission*, BZKG85/86, Rn. 26; *Bartels*, S. 78.

⁶¹⁵ Vgl. z.B. Eröffnungsmitteilung i.S. COMP/40208 (International Skating Union's Eligibility rules) v. 5. Oktober 2015: "*The opening of proceedings means that the Commission will examine the case as a matter of priority. It does not prejudice the outcome of the investigation.*" Eröffnungsmitteilung i.S. COMP/39520 (Cement and related products) v. 6. Dezember 2010 "*The initiation of proceedings does not imply that the Commission has conclusive proof of an infringement – it only signifies that the Commission is dealing with the case as a matter of priority.*" Auch *Kamann/Horstkotte*, WuW 2001, 458ff, II.2.c), argumentieren vor dem Hintergrund der Ergebnisoffenheit, dass die Verfahrenseröffnung selbst nicht zu einer Berücksichtigungspflicht führt.

⁶¹⁶ Art. 1 Abs. 2 VO 773/2004 ("*kann*", "*peut*", "*may*").

Art. 2 Abs. 1 VO 773/2004 das Recht ein, "*jederzeit*" ein Verfahren einzuleiten, muss sich also auch nicht vorläufig zu einer rechtlichen Einordnung positionieren.

(v) Mitteilung der Beschwerdepunkte im EU-Kartellrecht

In der Regel lässt die Mitteilung der Beschwerdepunkte einen bestimmten Beschluss wahrscheinlich werden und könnte diese daher als ausreichender Ausweis einer "Absicht" gesehen werden.⁶¹⁷ Aber selbst bei der Mitteilung der Beschwerdepunkte weist die Europäische Kommission in öffentlichen Verlautbarungen darauf hin, dass die "*Übermittlung einer derartigen Mitteilung ... dem endgültigen Ergebnis des Verfahrens nicht vor[greift]*".⁶¹⁸ Die Europäische Kommission kann zudem ein Verfahren auch nach Versendung der Beschwerdepunkte noch informell beenden.⁶¹⁹ In der Zeit vor Erlass der VO 17 wurde den Beschwerdepunkten keine Bindungswirkung i.S. einer maßgeblichen Berücksichtigungspflicht zuerkannt,⁶²⁰ sondern in diesen nur ein unverbindlicher Orientierungspunkt gesehen, wobei eine Pflicht, keine dem Beschwerdepunkten zuwiderlaufenden Entscheidungen zu treffen, nicht angenommen wurde.⁶²¹

Die Beschwerdepunkte sind allerdings, zumindest in der Regel, sicherlich deutlich mehr als die Verfahrenseröffnung ein Indiz für eine bestimmte Absicht der Europäischen Kommission.

⁶¹⁷ Vgl. *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 12, der spekuliert, dass sich die Absicht "*jedenfalls*" bei den Beschwerdepunkten "*hinreichend*" verdichtet haben "*dürfte*". *Klees*, § 8, Rn. 124, 129, will es dagegen ausreichen lassen, dass sich – vor dem Hintergrund vergleichbarer, schon getroffener Entscheidungen der Europäischen Kommission – eine bestimmte Entscheidung abzeichnet. *Bechtold/Bosch/Brinker*, *EU-Kartellrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5, *Imgrund*, S. 193, und *Dividier*, S. 488, wollen wohl auf die Beschwerdepunkte abstellen.

⁶¹⁸ Pressemeldung vom 28. September 2012 zum mutmaßlichen Lebensmittelverpackungskartell; ähnlich Pressemeldung vom 28. Mai 2015 zum mutmaßlichen Pilzkonserverkartell.

⁶¹⁹ *Zuber*, S. 89.

⁶²⁰ *Zuber*, S. 87ff, mit Verweis auf *EuG*, Urt. v. 22. Oktober 1997 – verbundene Rechtssachen T-213/95 und T-18/96, ECLI:EU:T:1997:157 – SCK/FNK. *Zuber*, S. 89, weist darauf hin, dass in den Fällen, in denen die Adressaten der Beschwerdepunkte den dortigen Bedenken noch abhelfen können, neben der immer möglichen Änderung der Rechtsansicht der Europäischen Kommission eine Änderung der relevanten Tatsachengrundlage erhöht wahrscheinlich ist.

⁶²¹ *EuG*, Urt. v. 22. Oktober 1997 – verbundene Rechtssachen T-213/95 und T-18/96, ECLI:EU:T:1997:157 – SCK/FNK, Rn. 97: "*Charakter eines tatsächlichen Gesichtspunkts, den der Gerichtshof Amsterdam bei seiner Prüfung der Vereinbarkeit dieser Verhaltensweise mit Artikel 85 EG-Vertrag berücksichtigen konnte*".

(vi) Signal der Anmeldefähigkeit im Fusionskontrollverfahren

Zur erwägen ist, ob mit der formalen Anmeldung eines Zusammenschlusses bei der Europäischen Kommission eine hinreichende Absicht der Europäischen Kommission anzunehmen ist, einen Zusammenschlusstatbestand i.S.d. Art. 1, 3 FKVO anzunehmen und darüber mit Freigabe oder Untersagung zu entscheiden.

Dagegen spricht auf den ersten Blick, dass die Anmeldung nicht von der Europäischen Kommission, sondern von den Parteien des Vorhabens vorgenommen wird und mithin angenommen werden könnte, es seien nur die Parteien selbst, die auf der Grundlage einer eigenen Prüfung (vorläufig) von der Anwendung der FKVO ausgehen. Diese Annahme entspricht allerdings nicht der verwaltungstechnischen Wirklichkeit. Tatsächlich drängt die Europäische Kommission die (potentiellen) Anmelder in ein informelles, in der FKVO nicht vorgesehenes Vorverfahren. Ziel dieses Vorverfahrens ist eine vorläufige Prüfung, ob ein Vorhaben überhaupt unter die Anmeldepflicht nach der FKVO fällt und ob die von den Parteien vorgesehene Anmeldung in den Augen des zuständigen Case Teams der Europäischen Kommission vollständig ist. In der Regel erhalten die Anmelder ein Signal dieses Case Teams, wenn es von einer Anmeldepflicht ausgeht und den abgestimmten Anmeldungsentwurf für vollständig hält. Üblicherweise melden die Parteien erst auf dieser Grundlage formal an.

Auch wenn das beschriebene Signal der Case Teams weder einen formellen Beschluss der Europäischen Kommission darstellt und auch wenn innerhalb der Europäischen Kommission nicht alleine das Case Team später den Beschluss über das anzumeldende Vorhaben treffen wird (sondern das Case Team den Beschluss nur vorbereitet, mit anderen Stellen abstimmt und dann dem Gremium der Kommissare zur Beschlussfassung vorlegt) und dieses Signal daher den späteren Beschluss nicht vorwegnimmt,⁶²² ist das Case Team gleichwohl die Gruppe der Mitarbeiter der Europäischen Kommission, die sich am genauesten mit dem Fall befassen haben und im Laufe des Verfahrens befassen werden und deren Auffassung einen sehr großen Einfluss auf die Entscheidungsfindung der Europäischen Kommission im Fusionskontrollverfahren hat.⁶²³ Vor diesem Hintergrund wird in der Regel das genannte Signal an die Parteien als hinreichende Absicht der Europäischen

⁶²² *EuG*, Urt. v. 24. März 1994 – T-3/93, ECLI:EU:T:1994:36 - *Air France*, Rn. 7.

⁶²³ Das *EuG* hat in einem Fall sogar die Nichtigkeitsklage gegen eine Presseerklärung des Pressesprechers des Wettbewerbskommissars nach einem solchen informellen Vorverfahren zugelassen, mit der die Anwendbarkeit der FKVO verneint wurde; *EuG*, Urt. v. 24. März 1994 – T-3/93, ECLI:EU:T:1994:36 - *Air France*, Rn. 51; *Körber in Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 6, Rn. 6 bis 8.

Kommission zu werten sein, einen Beschluss zu treffen, in dem ein Zusammenschlusstatbestand angenommen und über diesen mit Freigabe oder Untersagung entschieden werden wird.

- (vii) Unabgestimmte Anmeldung im Fusionskontrollverfahren, Antrag auf Verweisung zur Europäischen Kommission und Entscheidung über Befreiung vom Vollzugsverbot

Etwas anderes gilt, wenn – anders als es üblich ist – Parteien eines geplanten Zusammenschlussvorhabens dieses ohne Abstimmung mit einem Case Team der GD Wettbewerb gleich formal anmelden. Hier ist in der Regel völlig offen, ob die Europäische Kommission ein Zusammenschlussvorhaben annehmen wird oder die Anmeldung nach Art. 6 Abs.1 lit. a FKVO als nicht anmeldepflichtig zurückweist. Für ein nationales Gericht gibt es mit einer solchen Anmeldung damit keinen Anknüpfungspunkt an eine Handlung der Europäischen Kommission (und kann es daher nur – als weiches Kriterium – in seine eigene Bewertung einstellen, dass die Parteien augenscheinlich selbst von einer Anmeldepflicht ausgegangen sind).

Gleiches gilt bei einem Zusammenschluss, der zwar nicht die Umsatzschwellen der FKVO erreicht, der aber *"nach dem Wettbewerbsrecht mindestens dreier Mitgliedstaaten geprüft werden könnte"*, und bei dem nach Antrag der Anmelder gem. Art. 4 Abs. 5 FKVO die gemeinschaftsweite Bedeutung vermutet wird.⁶²⁴ Zwar mag die Europäische Kommission, da bei ihr verwaltungstechnisch die Fäden des Verfahrens nach Art. 4 Abs. 5 FKVO zusammenlaufen, die bessere Übersicht über die Fakten haben, die für die Beurteilung nach Art. 4 Abs. 5 FKVO erforderlich sind. Die Vermutung der gemeinschaftsweiten Bedeutung nach Art. 4 Abs. 5 FKVO setzt aber schon nach dem Wortlaut der Norm kein Tätigwerden der Europäischen Kommission voraus; vielmehr ergibt sich die gemeinschaftsweite Bedeutung ausschließlich durch gesetzliche Anordnung.⁶²⁵

Diese Anordnung gilt allerdings nicht für die Frage des Zusammenschlusstatbestandes i.S.d. Art. 3 FKVO, über dessen Vorliegen die Europäische Kommission noch eine Aussage treffen muss, wenn sie über das weitere Vorgehen entscheidet. Insoweit ist zu prüfen, ob informelle Äußerungen der Europäischen Kommission das Bild einer

⁶²⁴ Wenn die betroffenen Mitgliedstaaten der Zuständigkeit der Europäischen Kommission nicht widersprochen haben.

⁶²⁵ Ebenso *Bardong/Maas* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, FKVO Art. 4, Rn. 87; *Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 4, Rn. 108.

hinreichenden Absicht vollständig werden lassen, im Rahmen der FKVO tätig zu werden. Von einer solchen Absicht kann spätestens zu dem Zeitpunkt ausgegangen werden, in dem die Europäische Kommission das Hauptprüfverfahren (Phase II) eröffnet hat.⁶²⁶

Gleiches wird in der Regel gelten, wenn die Europäische Kommission eine Befreiung vom Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 3 FKVO erklärt, denn eine solche Befreiung wird in der Regel nur auf der Grundlage umfangreicherer Erwägungen und nicht leichtfertig erteilt. Da solche Erwägungen aber nicht erforderlich wären, wenn schon kein Zusammenschlusstatbestand i.S.d. FKVO vorläge, ist auch eine solche Befreiung als hinreichender Ausweis einer Absicht zu sehen, einen Zusammenschlusstatbestand anzunehmen und über diesen zu entscheiden.

(viii) Aufgreifen nicht angemeldeter Zusammenschlüsse nach der FKVO

Nach Art. 8 Abs. 5 lit. a FKVO *"kann"* die Europäische Kommission *"geeignete einstweilige Maßnahmen anordnen, um wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen oder aufrecht zu erhalten, wenn ein Zusammenschluss ... unter Verstoß gegen Artikel 7 vollzogen wurde und noch keine Entscheidung über die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt ergangen ist"*. Zudem *"kann"* die Europäische Kommission nach Art. 14 Abs. 2 lit. b FKVO Bußgelder verhängen, wenn ein Zusammenschluss unter Verstoß gegen Art. 7 FKVO vollzogen wurde.⁶²⁷ Die Europäische Kommission kann damit eingreifen, wenn nach ihrer Auffassung ein Zusammenschlusstatbestand erfüllt, aber zuvor nicht angemeldet (bzw. trotz Anmeldung eine Freigabe nicht abgewartet) wurde.

Soweit die Europäische Kommission auf dieser Grundlage Ermittlungen in Fällen aufnimmt, in denen es anderweitig noch nicht zu einem Ausdruck hinreichender Absicht gekommen ist, stellt sich die Frage, ob die bloße Aufnahme von Ermittlungshandlungen schon als Ausweis hinreichender Absicht zu werten ist. Insoweit kann auf die Überlegungen zum Unionskartellverfahrensrecht verwiesen werden. Auch hier wird in der Praxis mit der Verfahrenseröffnung oft nur die vertiefte Untersuchung eines Verdachts angestoßen und wird die Europäische Kommission in

⁶²⁶ Soweit nicht von diesem Beschluss selbst bereits eine maßgebliche Berücksichtigungspflicht ausgeht; s.u. 3.7.2(d) (ab Seite 235).

⁶²⁷ Ein jüngeres Beispiel ist beschrieben in *EuG*, Urt. v. 26. Oktober 2017 – T-704/14, ECLI:EU:T:2017:753 – *Marine Harvest/ Kommission*, Rn. 20ff.

der Regel in Mitteilungen über eine Verfahrenseröffnung klarstellen, dass die Verfahrenseröffnung letztlich ergebnisoffen ist. Auch hier werden die Beschwerdepunkt in der Regel deutlich mehr als die Verfahrenseröffnung ein Indiz für eine bestimmte Absicht der Europäischen Kommission darstellen.

(ix) Zusammenfassung, Bewertung, zeitliche Komponente

In der Betrachtung der einzelnen Verfahrensstadien wird deutlich, dass das Vorliegen einer hinreichenden "Absicht" im Beihilfenrecht nach derzeitiger sekundärrechtlicher Lage jedenfalls mit dem Beschluss zur Eröffnung eines förmlichen Prüfungsverfahrens und im Fusionskontrollrecht mit dem Signal des Case Teams, eine formale Anmeldung zu einem Vorhaben nun annehmen zu wollen bzw. – bei unabgestimmten Anmeldungen – mit der Befreiung vom Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 3 FKVO oder dem Eintritt in Phase II anzunehmen ist. Im Übrigen kann die hinreichende Absicht weder für das Beihilfen-, noch das EU-Wettbewerbsrecht, noch das EU-Fusionskontrollrecht zwingend an bestimmten Abschnitten festgemacht werden.

In der Praxis obliegt es insoweit dem Zivilgericht, im Einzelfall die Umstände zu bewerten, die dafür sprechen, dass eine hinreichende "Absicht" gegeben ist. Die Einheitlichkeit der Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts ist dabei ein hohes Gut, so dass das nationale Gericht in der Regel gehalten sein wird, im Zweifel eine Absicht anzunehmen. Insoweit wird es das Loyalitätsgebot auch verlangen, dass sich das Zivilgericht mittels Konsultation mit der Europäischen Kommission Gewissheit verschafft, wie weit der dortige Meinungsbildungsprozess gediehen ist.⁶²⁸

Ist von einer hinreichenden Absicht auszugehen, gilt der oben⁶²⁹ ermittelte Grundsatz, dass die Absicht maßgeblich, d.h. im Sinne eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen zu berücksichtigen ist.

Soweit Beschlüsse der Europäischen Kommission als beabsichtigt zu gelten haben, aber noch nicht getroffen sind, bleibt dem nationalen Gericht – wenn es eine andere Auffassung als die Europäische Kommission zugrunde legen will – in der Regelung nur die Aussetzung ihres Verfahrens, ggf. verbunden mit einstweiligen Maßnahmen.⁶³⁰

⁶²⁸ S.u. dazu die weitergehenden Überlegungen in 7.2.2 (ab Seite 309).

⁶²⁹ S.o. 3.3.2 (ab Seite 80).

⁶³⁰ S.o. 3.3.3(d) (ab Seite 116); s.u. 3.3.3(f) (ab Seite 135).

Damit kann es dazu kommen, dass ein anstehender Beschluss das Verfahren des nationalen Gerichts für eine Zeit blockiert.

Dies wirft die Frage auf, ob ein überlanges Verfahren bei der Europäischen Kommission die Berücksichtigungspflicht für das Zivilverfahren (wieder) entfallen lässt.⁶³¹

Im Verhältnis des privaten Einzelnen gegenüber der Europäischen Kommission als Verwaltungsbehörde gilt der vom *EuGH* als Grundrecht anerkannte Anspruch auf einen Verfahrensabschluss in angemessener Frist; dieses Grundrecht ist mittlerweile in Art. 41 Abs. 1 ChartaGR sowie für Gerichtsverfahren in Art. 47 Abs. 2 S. 1 Charta GR positiv geregelt.⁶³²

Im EGKS waren in Art. 35 Regelungen für den Fall der Untätigkeit der Hohen Behörde (Kommission) vorgesehen. Für den Fall einer parallelen Zuständigkeit der nationalen Gerichte nahm der *EuGH* auf dieser Grundlage an, dass diesen eine eigenständige Rolle bei der Rechtsdurchsetzung des Einzelnen zukommt, wenn die Europäische Kommission erkennbar nicht tätig wird.⁶³³

In der Sache *RSV*⁶³⁴ – der eine Nichtigkeitsklage gegen eine Entscheidung der Europäischen Kommission zugrunde lag – ging es darum, dass die Europäische Kommission 26 Monate gebraucht hatte, bis sie die angefochtene beihilfenrechtliche Entscheidung erließ. Hier nahm der *EuGH* die Position ein, dass *"das säumige Verhalten, das die Kommission an den Tag legte, bis sie die angefochtene Entscheidung erließ, geeignet war, bei RSV ein berechtigtes Vertrauen zu wecken, das es der Kommission verwehrte, den niederländischen Behörden die Rückforderung der Beihilfe aufzugeben."* In diesem Fall ging der *EuGH* davon aus, dass die Entscheidung, der *"eine derartige Anordnung zu entnehmen ist, ... mithin rechtswidrig und also aufzuheben"* ist. In der Sache *Lorenz* hat der *EuGH* (ebenfalls auf der Grundlage primärrechtlichen

⁶³¹ Angedeutet von *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 53ff; verneint von *Martin-Ehlers*, EuZW 2017, 312, 316, 317.

⁶³² *EuGH*, Urt. v. 16. Juli 2009 – C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:456 – Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rn. 176ff; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. April 2011 – C-109/10 P, ECLI:EU:C:2011:256 – Solvay, Rn. 229; *EuG*, Urt. v. 10. Januar 2017 – T-577/14, ECLI:EU:T:2017:1 – Gascogne Sack Deutschland GmbH und Gascogne gegen Gerichtshof der Europäischen Union; Rn. 59f.

⁶³³ *EuGH*, Urt. v. 20. September 2001 – C-390/98, ECLI:EU:C:2001:456 – H.J. Banks, Rn. 119, 123.

⁶³⁴ *EuGH*, Urt. v. 24. November 1987 – 223/85, ECLI:EU:C:1987:502 – RSV, Rn. 17.

Beihilfenrechts) zuvor sogar eine Genehmigungsfiktion angenommen,⁶³⁵ die mittlerweile für Entscheidung im vorläufigen Prüfverfahren für Beihilfen ins Sekundärrecht (Art. 4 Abs. 6 VO 2015/1589⁶³⁶) übernommen wurde.⁶³⁷ Ähnlich regelt Art. 10 Abs. 6 FKVO, dass eine Freigabe nach Ablauf gewisser Fristen ohne Entscheidung der Europäischen Kommission als erteilt gilt. Für den Abschluss eines förmlichen beihilfenrechtlichen Verfahrens wurden dagegen nur eine Bemühensregelung (18 Monate, Art. 9 Abs. 6 S. 2, 3 VO 2015/1589) aufgenommen.

Aus der Entscheidung *Ferriere Nord*⁶³⁸ ergibt sich, dass der *EuGH* nach der Einführung der (schwachen) sekundärrechtlichen Fristenregelung für das förmliche Prüfverfahren im Wesentlichen nur noch auf diese abgestellt hat und allgemein gerade nicht von einem festen Fristenregime ausgegangen ist. Eine Genehmigungsfiktion ist daher insoweit nicht gegeben⁶³⁹ und bliebe – allerdings nicht als Mittel für das nationale Gericht – zumindest theoretisch⁶⁴⁰ das Mittel eines Vertragsverletzungsverfahrens.⁶⁴¹

⁶³⁵ *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – SFEI, Rn. 38: "Hat die Kommission dagegen binnen zwei Monaten nach Unterrichtung nicht reagiert, so kann der betreffende Mitgliedstaat die beabsichtigte Beihilfemaßnahme durchführen, nachdem er dies der Kommission angezeigt hat." Dies bestätigte den in *EuGH*, Urt. v. 11. Dezember 1973 – 120/73, ECLI:EU:C:1973:152 – Lorenz, Rn. 4 aufgestellten Grundsatz.

⁶³⁶ Zuvor Art. 4 Abs. 6 VO 659/1999.

⁶³⁷ *Werner* in *MüKo Beihilfenrecht*, VerfVO Art. 4, Rn. 10.

⁶³⁸ *EuGH*, Urt. v. 8. Mai 2008 – C-49/05 P, ECLI:EU:C:2008:259 – *Ferriere Nord*, Rn. 49ff: "49 Étant donné que l'obligation de la Commission consiste à s'efforcer de prendre la décision dans le dit délai, et que ce dernier peut, à la suite d'un accord, être prorogé, il y a lieu de considérer que le délai de 18 mois prévu à l'article 7, paragraphe 6, du règlement n° 659/1999 n'est pas impératif. 50 Ce constat relatif à la nature de ce délai est également confirmé par l'article 7, paragraphe 7, du même règlement, qui prévoit que, «[à] l'issue [dudit] délai [...], et si l'État membre concerné le lui demande, la Commission prend, dans un délai de deux mois, une décision sur la base des informations dont elle dispose. Le cas échéant, elle prend une décision négative, lorsque les informations fournies ne permettent pas d'établir la compatibilité». 51 Par conséquent, c'est à bon droit que le Tribunal a jugé, au point 69 de l'arrêt attaqué, que ce délai de 18 mois est indicatif et prorogeable, et que, en tout état de cause, la durée de la procédure, même si elle était calculée à compter de la date de la première décision d'ouverture de la procédure formelle, à savoir le 3 juin 1999, et s'établissait ainsi à un peu moins de 22 mois, ne constituerait pas un dépassement déraisonnable de ce délai."

⁶³⁹ Ebenso *Köster* in *MüKo Beihilfenrecht*, VerfVO Art. 7, Rn. 21-23; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO 2015/1589 Art. 9, Rn. 4, 9.

⁶⁴⁰ *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO 2015/1589 Art. 9, Rn. 9.

⁶⁴¹ *Harringa* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg.)*, Europäischen Beihilfenrecht, VO 659/1999 Art. 7, Rn. 387-389, 394f, auch unter Verweis auf *EuGH*, Urt. v. 8. Mai 2008 – C-49/05 P, ECLI:EU:C:2008:259 – *Ferriere Nord*, Rn. 49ff.

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob eine überlange Verfahrensdauer primärrechtlich zu einem Entfallen der Berücksichtigungspflicht der nationalen Zivilgerichte führen kann.

Das *EuG* hat zwar in zumindest einem EU-kartellrechtlichen Fall auf die Entscheidung *Lorenz* verwiesen und die Einhaltung einer angemessenen Verfahrensdauer als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts verstanden, im konkreten Fall aber eine deutlich längere Verfahrensdauer akzeptiert, als sie sich aus dem Urteil *Lorenz* ergab oder dem heutigen Art. 4 Abs. 5 und 6 VO 2015/1589 für das Beihilfenverfahren ergibt.⁶⁴² Der *EuGH* selbst hat die beihilfenrechtliche Entscheidung *Lorenz* im Sinne einer Genehmigungsfiktion für das EU-Kartellrecht nicht übernommen. Hier nimmt er nur an, dass ein Beschluss der Europäischen Kommission für nichtig erklärt werden kann, wenn das zugrundeliegende Verfahren eine angemessene Dauer überschritten hat und dadurch die Verteidigungsrechte entscheidend beeinträchtigt wurden.⁶⁴³ Auch eine Reduzierung der Bußgeldhöhe wegen überlanger Verfahrensdauer wurde zunächst für möglich gehalten, in jüngerer Zeit aber wieder aufgegeben⁶⁴⁴ und insoweit nur Schadensersatzforderungen als mögliche Konsequenz befürwortet.⁶⁴⁵ Der *EuGH* geht insgesamt also bei überlanger Verfahrensdauer nur von einem Verfahrensfehler aus, der nicht *per se* genehmigend wirkt, sondern der von der betroffenen Partei geltend gemacht werden muss.⁶⁴⁶ Die Angemessenheit der Entscheidungsfrist, so der *EuGH*, ist zudem im Einzelfall zu bestimmen.⁶⁴⁷ Eine Aussage der EU-Gerichte zur Auswirkung einer überlangen Verfahrensdauer auf die

⁶⁴² *EuG*, Urt. v. 22. Oktober 1997 – verbundene Rechtssachen T-213/95 und T-18/96, ECLI:EU:T:1997:157 – SCK/FNK, Rn. 56ff.

⁶⁴³ *Sauer in Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 25, Rn. 27, unter richtiger Berufung auf *EuGH*, Urt. v. 21. September 2006 - C-113/04 P, ECLI:EU:C:2006:593 - Technische Unie, Rn. 47f. Ebenso *EuG*, Urt. v. 25. Februar 2016 – T-526/14, ECLI:EU:T:2016:101 – François Musso, Rn. 103, *EuG*, Urt. v. 15. Juli 2015 – T-45/10, ECLI:EU:T:2015:507 – GEA Group, Rn. 295.

⁶⁴⁴ *EuG*, Urt. v. 15. Juli 2015 – T-45/10, ECLI:EU:T:2015:507 – GEA Group, Rn. 309.

⁶⁴⁵ *EuGH*, Urt. v. 9. Juni 2016 – C-608/13 P, ECLI:EU:C:2016:414 – Compañía Española de Petróleos (CEPSA) SA, Rn. 64ff; *EuGH*, Urt. v. 26. November 2013 – C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770 – Groupe Gascogne, Rn. 66, 72ff; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. April 2011 – C-109/10 P, ECLI:EU:C:2011:256 – Solvay, Rn. 325; *Sauer in Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 25, Rn. 27 m.w.N. Vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 26. November 2013 – C-40/12 P, ECLI:EU:C:2013:768 – Gascogne Sack, Rn. 80ff.

⁶⁴⁶ *EuGH*, Urt. v. 26. November 2013 – C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770 – Groupe Gascogne, Rn. 72.

⁶⁴⁷ *EuGH*, Urt. v. 26. November 2013 – C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770 – Groupe Gascogne, Rn. 85; ähnlich *EuG*, Urt. v. 15. Juli 2015 – T-45/10, ECLI:EU:T:2015:507 – GEA Group, Rn. 294, sowie *Brenner*, WRP 2010, 357, 361. Zu den Kriterien der Beurteilung einer überlangen Verfahrensdauer vgl. auch *Brenner*, WRP 2010, 357, 358, sowie *Sauer in Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 25, Rn. 28f.

Berücksichtigungspflicht nationaler Gerichte bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission ist nicht ersichtlich.⁶⁴⁸

Einer noch nicht getroffenen Entscheidung kommt i.S.d. Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV keine Verbindlichkeit zu. Fraglich ist, ob sich eine Berücksichtigungspflicht noch auf das Loyalitätsgebot i.V.m. Art. 17 EUV sowie den *effet utile*-Gedanken des EU-Wettbewerbsrechts stützen kann, wenn die Europäische Kommission über einen längeren Zeitraum nicht zu einem Beschluss kommt. Insoweit ist vor allem der Gedanke der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts anzuführen. Je nach Umständen kann diese besser dadurch verwirklicht werden, dass das nationale Gericht ohne Ansehen der möglichen Entwicklung bei der Europäischen Kommission entscheidet. Auch das Recht der Parteien eines Zivilrechtsstreit auf eine zeitnahe Entscheidung aus Art. 47 Abs. 2 S. 1 ChartaGR ist hier in die Abwägungsentscheidung einzustellen.⁶⁴⁹ Damit hängt bei längerer Verfahrensdauer bei der Europäischen Kommission die Frage der Berücksichtigungspflicht von den Umständen des Einzelfalls ab. Das Zivilgericht muss insoweit mit dem Ziel der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts die primärrechtlich geregelten Verfahrensrechte der Parteien gegeneinander abwägen. Auch wenn grundsätzlich eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts und dabei eine Leuchtturmfunktion der Europäischen Kommission anzuerkennen ist, kann diese bei überlanger Verfahrensdauer entfallen.

- (f) Ausgleich der Interessen bei nur beabsichtigten und nicht bestandskräftigen Beschlüssen der Europäischen Kommission sowie bei Beschlüssen mit nur vorläufiger Positionierung

Wie bereits oben⁶⁵⁰ dargestellt, ist es für das nationale Gericht erforderlich, im Fall von nicht-bestandskräftigen Beschlüssen, nur beabsichtigten Beschlüssen und bei Beschlüssen, die nur eine vorläufige Beurteilung beinhalten (insbesondere Eröffnungsbeschlüsse für ein förmliches Prüfverfahren im Beihilfenrecht) das Spannungsverhältnis zwischen grundsätzlicher Berücksichtigungspflicht (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) und dem Risiko der Aufhebung/Änderung aufzulösen und hängt es dabei vom Einzelfall, aber auch vom einschlägigen Bereich

⁶⁴⁸ In *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 58, deutet dieser an, dass jedenfalls ein "vielfaches" Überschreiten der 18-Monatsfrist für ein förmliches Prüfverfahren die Grenzen des Angemessenen deutlich überschreiten könnte.

⁶⁴⁹ *Rennert*, EuZW 2017, 567, 568, weist darauf hin, dass ein überlanges Beihilfeverfahren für die Beihilfeempfänger bis "*zum wirtschaftlichen Ruin*" führen kann.

⁶⁵⁰ S.o. 3.3.3(d) (ab Seite 116).

des EU-Wettbewerbsrecht ab, welches Vorgehen geboten ist. Dies wird im Folgenden näher betrachtet. Hier wird die Diskussion vornehmlich im Bereich des Beihilfenrechts geführt, weshalb mit diesem Bereich begonnen wird. Danach wird das EU-Kartell- und danach das EU-Fusionskontrollrecht beleuchtet.

(i) Handlungsoptionen im Beihilfenrecht

Bei zivilgerichtlichen Verfahren auf der Grundlage von Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV geht es zwar um den Ausgleich privater Interessen. Allerdings ist hier von den nationalen Gerichten in verstärktem Maße das Unionsinteresse an einer wirkungsvollen Durchsetzung des Beihilfenrechts zu berücksichtigen.⁶⁵¹ Dies hat Auswirkungen auf seine Handlungsoptionen. Durchentscheiden kann das nationale Gericht, wie oben dargestellt, wenn es der Auffassung der Europäischen Kommission folgen möchte und gleichzeitig die Rechtsschutzinteressen der belasteten Partei dadurch gewahrt werden, dass es eine selbständige, im Instanzenzug überprüfbare Begründung abgibt. Zweifel an der Richtigkeit der Positionierung der Europäischen Kommission muss das nationale Gericht dagegen berücksichtigen. Für eine Aussetzung kann dennoch das Rechtsschutzbedürfnis einer Partei vor dem Zivilgericht sprechen, wenn gerade diese Partei einen einschlägigen Beschluss vor den Unionsgerichten angefochten hat oder dies plant (Art. 47 ChartaGR⁶⁵²); dieses Rechtsschutzbedürfnis der einen Partei ist mit dem Gedanken des effektiven Rechtsschutzes der anderen Partei und der effektiven Durchsetzung des Beihilfenrechts abzuwägen.

(A) Vorlageverfahren / Konsultation

Soweit sich die Europäische Kommission noch nicht abschließend positioniert hat und das nationale Gericht Zweifel am Vorliegen einer Beihilfe hat und / oder es für möglich hält, dass der Eröffnungsbeschluss der Europäischen Kommission zu Unrecht ergangen ist, bleibt ihm die Möglichkeit, sich – der Anregung des *EuGH*⁶⁵³ folgend – mit der Bitte um "*Erläuterung*" an die Europäische Kommission im Rahmen einer Konsultation zu

⁶⁵¹ *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 70: "*Eine Aussetzung der Entscheidung liefe darauf hinaus, dass der Vorteil der Beihilfe während des Zeitraums des Durchführungsverbots aufrechterhalten bliebe, was mit dem Ziel des Art. 108 Abs. 3 AEUV unvereinbar wäre und dieser Bestimmung ihre praktische Wirksamkeit nähme.*"; *Weiß*, ZHR 180 (2016), S. 80, 113.

⁶⁵² Grundsatz der Waffengleichheit; vgl. dazu Fn. 586 (Seite 119).

⁶⁵³ *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755- Lufthansa / Flughafen Hahn, Rn. 44; *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 40.

wenden. Je nach prozessualer Situation kann sich diese Möglichkeit zu einer Pflicht verdichten,⁶⁵⁴ wobei alternativ der Weg zum EuGH offenstehen kann:

Bei Zweifeln des nationalen Gerichts an der Auslegung eines verfahrensabschließenden Beschlusses kann es sich im Wege des Verfahrens des Art. 267 AEUV an den *EuGH* wenden.⁶⁵⁵ Bei letztinstanzlichen Gerichten besteht hierzu sogar eine Pflicht. Gleiches gilt, soweit der nationale Richter einen unauflösbaren Widerspruch zwischen der vorläufigen Positionierung der Europäischen Kommission (z.B. im Beschluss zur Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens) und seiner eigenen Auffassung sieht (z.B. ob eine Beihilfe vorliegt) oder die Gültigkeit eines Beschlusses in Frage stellt. Im Einzelfall kann sich auch bei Auslegungsfragen das Vorlagerecht auch bei nicht-letztinstanzlichen Gerichten zu einer Vorlagepflicht verengen, die sich – nach hier vertretener Auffassung – aus der Verpflichtung der nationalen Gerichte ergibt, einerseits Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV die praktische Wirksamkeit nicht zu versagen und andererseits zu einer kohärenten Anwendung dieser Norm beizutragen.⁶⁵⁶ Ein Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV kann sich dagegen erübrigen, wenn bereits eine Nichtigkeitsklage gegen den betreffenden Beschluss bei den Unionsgerichten anhängig ist.

Für die Zwecke der Durchführung dieser Optionen wird das Gericht mit Übermittlung seiner Fragen an *EuGH* bzw. Europäische Kommission sein Zivilverfahren aussetzen. Im Folgenden wird betrachtet, welche Anforderungen hinsichtlich etwaiger einstweiliger Maßnahmen bestehen.

(B) *Untätigkeit i.d.R. keine Option*

Soweit sich das nationale Gericht nicht zu einem Durchentscheiden unter Übernahme der Auffassung der Europäischen Kommission in der Lage sieht, weil es entweder diese Auffassung für falsch hält oder ein Durchentscheiden das Rechtsschutzbedürfnis der belasteten Partei beeinträchtigen würde,⁶⁵⁷ darf es nicht untätig bleiben und sich

⁶⁵⁴ *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 41ff.

⁶⁵⁵ *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755- Lufthansa / Flughafen Hahn, Rn. 44; *EuG*, Urt. v. 3. März 2015 – T-251/12, ECLI:EU:T:2015:142 - Gemeente Nijmegen, Rn. 46; ebenso *EuG*, Urt. v. 16. Oktober 2014 – T-517/12, ECLI:EU:T:2014:890 – Alro, Rn. 59; *EuG*, Urt. v. 3. März 2015 – T-251/12, ECLI:EU:T:2015:142 - Gemeente Nijmegen, Rn. 46; *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 40.

⁶⁵⁶ Ebenso *Weiß*, ZWeR 2015, 364, 375, und nun vermutlich auch *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 46.

⁶⁵⁷ S.o. 3.3.3(d) (ab Seite 116) a.E.

insbesondere nicht auf das (nur schwach ausgestaltete⁶⁵⁸) Instrumentarium der Europäischen Kommission zu Anordnung einstweiliger Maßnahmen und dessen Anwendung durch diese verlassen.⁶⁵⁹ Der *EuGH* geht in seiner *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*-Rechtsprechung bezogen auf die Vollziehung eines auf der Unionsrechtsordnung bezogenen nationalen Verwaltungsaktes davon aus, dass die Aussetzung eines Verfahrens zur Durchsetzung des EU-Rechts nur unter engen Voraussetzungen möglich ist.⁶⁶⁰ Auch in der Entscheidung *CELF/SIDE II*⁶⁶¹ hat der *EuGH* klargestellt, dass bei Entscheidungen der nationalen Gerichte auf der Grundlage von Art. 88 Abs. 3 letzter Satz EG (heute Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV) eine völlige Aussetzung ihres Verfahrens grundsätzlich nicht in Frage komme,⁶⁶² da sie *"faktisch dasselbe Ergebnis wie eine Zurückweisung des Antrags auf Schutzmaßnahmen"* hätte und dazu führte, *"dass der Vorteil der Beihilfe während des Zeitraums des Durchführungsverbots aufrechterhalten bliebe, was mit dem Ziel des Art. 88 Abs. 3 EG selbst unvereinbar wäre und dieser Bestimmung ihre praktische Wirksamkeit nähme"*.

⁶⁵⁸ S.o. Fn. 259 (Seite 56).

⁶⁵⁹ *Kreße*, WRP 2017, 663, 664.

⁶⁶⁰ *EuGH*, Urt. v. 21. Februar 1991 – Verbundene Rechtssachen C-143/88 und C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65 – *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, Rn. 33; diese aufgreifend *EuGH*, Urt. v. 9. November 1995 – C-465/93, ECLI:EU:C:1995:369 – *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, Rn. 20ff, bezogen auf die Aussetzung der Vollziehung eines auf einer Gemeinschaftsverordnung beruhenden nationalen Verwaltungsakts; Rn. 32, 39, 46: Ein nationales Gericht dürfe *"die Vollziehung eines auf einer Gemeinschaftsverordnung beruhenden nationalen Verwaltungsakts nur aussetzen ..., wenn es erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Gemeinschaftsverordnung hat und diese Gültigkeitsfrage, sofern der Gerichtshof mit ihr noch nicht befaßt ist, diesem selbst vorlegt, wenn die Entscheidung dringlich ist und dem Antragsteller ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden droht und wenn das Gericht das Interesse der Gemeinschaft angemessen berücksichtigt."* Die nationalen Gerichte könnten diese *"Anordnungen nur unter den Voraussetzungen treffen, die für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch den Gerichtshof gelten."* Das nationale Gericht müsse bei *"der Prüfung der Voraussetzungen für den Erlass der Maßnahme des vorläufigen Rechtsschutzes"* wegen Art. 5 EWGV (Vorgängerregelung zu Art. Art. 4 Abs. 3 EUV) die *"Entscheidungen des Gemeinschaftsrichters über die vor ihm aufgeworfenen Streitfragen ... beachten"*; vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 22. Dezember 2010 – C-304/09, ECLI:EU:C:2010:812 – *Europäische Kommission/Italienische Republik*, Rn. 45ff. *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 13. Februar 2014 – C-527/12, ECLI:EU:C:2014:90 – *Kommission/Deutschland*, Rn. 91, 120; *EuGH*, Urt. v. 11. September 2014 – C-527/12, ECLI:EU:C:2014:2193 – *Kommission/Deutschland*, Rn. 57.

⁶⁶¹ *EuGH*, Urt. v. 11. März 2010 – C-1/09, ECLI:EU:C:2010:136 – *CELF/SIDE II*, Rn. 30ff; bestätigt in *EuGH*, Beschl. v. 4. April 2014 – C-27/13, ECLI:EU:C:2014:240 – *Flughafen Lübeck / Air Berlin*, Rn. 30f.

⁶⁶² So auch *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV Art. 108, Rn. 6.

Das nationale Gericht muss also tätig werden⁶⁶³ und prüfen, ob einstweilige Maßnahmen erforderlich sind, um eine effektive Durchsetzung des Beihilfenrechts nicht zu verhindern.⁶⁶⁴ Dass es insoweit zu Unterschieden zwischen der Beurteilung durch das nationale Gericht und die (spätere) abschließende Beurteilung auf Unionsebene kommen kann, ist hinzunehmen⁶⁶⁵ und kann auch von der Europäischen Kommission nicht mehr in Frage gestellt werden.⁶⁶⁶ Denn die Alternative wäre, dass die Gerichte schlicht handlungsunfähig würden. Dies passte aber nicht in ein System, in welchem die Durchsetzung des Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV vorrangig bei den nationalen Gerichten verortet ist.

(C) *Einstweilige Anordnung*

In der Entscheidung *Lufthansa / Flughafen Hahn*⁶⁶⁷ sah der *EuGH* die Aussetzung der "Durchführung der in Rede stehenden Maßnahme" als denkbar an und wies auf die Möglichkeit hin, "einstweilige Maßnahmen zu erlassen".⁶⁶⁸ Zu den Maßnahmen, die der *EuGH* in der Entscheidung *Lufthansa / Flughafen Hahn* als für das nationale Gericht als Gegenstand einer einstweiligen Anordnung möglich ansah, gehört auch die Rückforderung der bereits gezahlten Beträge. Daneben dürfte auch die schon in der Entscheidung *CELF/SIDE II*⁶⁶⁹ vorgeschlagene Maßnahme in Betracht kommen, die Einzahlung der Beträge auf ein Sperrkonto⁶⁷⁰ anzuordnen, damit der Empfänger nicht weiter über sie verfügen kann.

Gerichtliche Anordnungen, mit denen die Aussetzung oder Rückabwicklung einer (vorläufig) als Beihilfe eingestuften Maßnahme angeordnet werden, wären in der hier untersuchten Konstellation dann unproblematisch, wenn sich später bestätigt, dass auch

⁶⁶³ So auch BZKGBei, Rn. 95, *Fronczak*, EuR 2014, 576, 583; *Kreße*, WRP 2017, 664, f, der andernfalls Schadensersatzansprüche gegen den betroffenen Mitgliedstaat als Konsequenz sieht.

⁶⁶⁴ *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 70.

⁶⁶⁵ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. Dezember 1995 – C-39/94, ECLI:EU:C:1995:445 – SFEI, Rn. 53; *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck / Air Berlin, juris, Rn. 36f.

⁶⁶⁶ *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – SFEI, Rn. 67.

⁶⁶⁷ *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755- *Lufthansa / Flughafen Hahn*, Rn. 43.

⁶⁶⁸ Bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 21. Dezember 2016 – C-524/14, ECLI:EU:C:2016:971 – Europäische Kommission gegen Hansestadt Lübeck, Rn. 29.

⁶⁶⁹ *EuGH*, Urt. v. 11. März 2010 – C-1/09, ECLI:EU:C:2010:136 – *CELF/SIDE II*, Rn. 37.

⁶⁷⁰ *Bungenberg/Motzkus* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich* (Hrsg.), Europäischen Beihilfenrecht, Kap. 5, Rn. 155; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV Art. 108, Rn. 11, weist auf die Möglichkeit hin, im Verfahren der einstweiligen Anordnung die Auskehr noch nicht ausgezahlter Beträge zu untersagen.

in den Augen der Europäischen Kommission nach abschließender Bewertung eine Beihilfe vorliegt (und diese verfrüht gewährt wurde). Für den Fall, dass die Europäische Kommission allerdings später der Auffassung ist, dass es sich bei der Maßnahme doch nicht um eine Beihilfe handelt, müssen gerichtliche Anordnungen rückabwickelbar oder – wenn dies nicht möglich ist – vor vorneherein von geringer Eingriffsintensität sein.⁶⁷¹

Die nationalen Gerichte müssen also einen Ausgleich zwischen der Vorläufigkeit der Bewertung als Beihilfe im Eröffnungsbeschluss der Europäischen Kommission, den damit noch offenstehenden Rechtsschutzmöglichkeiten und der effektiven Durchsetzung des Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV herbeiführen.⁶⁷² Dies ist auch in der Entscheidung *Lufthansa / Flughafen Hahn* angelegt, wo es heißt:

"Folglich sind die nationalen Gerichte, wenn die Kommission das förmliche Prüfverfahren hinsichtlich einer in der Durchführung begriffenen Maßnahme eröffnet hat, verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen die Pflicht zur Aussetzung der Durchführung dieser Maßnahme zu ziehen." ⁶⁷³
(Unterstreichungen nur hier)

Dies schließt an frühere Entscheidungen des *EuGH* an, wonach *"die Erstattung aufgrund von außergewöhnlichen Umständen nicht sachgerecht"* sein könnte und dann nicht erfolgen müsse.⁶⁷⁴ Während hierfür bei endgültigen Beschlüssen der Europäischen Kommission hohe Hürden bestehen mögen, ⁶⁷⁵ muss bei nur vorläufigen Positionierungen der Europäischen Kommission aus den genannten, auch vom *EuGH* anerkannten Gründen ein anderer Maßstab gelten.

⁶⁷¹ *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 41ff.

⁶⁷² So auch *Berrisch*, EuZW 2014, 253, 256, der von einem *"Ermessensspielraum"* der nationalen Gerichte spricht. Ähnlich *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, AEUV Art. 108, Rn. 27, und *Krefe*, WRP 2017, 663, 666.

⁶⁷³ *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755- *Lufthansa / Flughafen Hahn*, juris Rn. 42. *W. Weiß*, EuZW 2015, 524, 527, 528, weist auch auf die Formulierung des *"eventuellen Verstoßes"* als entscheidenden Hinweis des *EuGH* bezogen auf die Bestimmung des Grades der Bindungswirkung hin und leitet – wie hier vertreten – einen *"Spielraum"* des nationalen Richters *"in der Wahl der zu ergreifenden Maßnahmen"* ab.

⁶⁷⁴ *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – *SFEI*, Rn. 70, sowie zu *EuGH*, Urt. v. 12. Februar 2008 – C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79 – *CELF/SIDE*, Rn. 43ff.

⁶⁷⁵ *BGH*, Urt. v. 10. Februar 2011 – I ZR 213/08 – *Flughafen Lübeck / Air Berlin*, juris, Rn. 44f, 52; *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755- *Lufthansa / Flughafen Hahn*, Rn. 43.

Der *BGH* verweist in diesem Zusammenhang auch auf den unionsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁶⁷⁶ Hierfür könnte die folgende Überlegung sprechen: Nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EUV gilt für die Ausübung der Rechte im Rahmen der Zuständigkeiten der Union das Verhältnismäßigkeitsprinzip, welches – für die Organe der Union – in Art. 5 Abs. 4 EUV konkretisiert ist. Bereits vor Einführung dieser Norm war die Verhältnismäßigkeit als Prinzip vom *EuGH* als Teil der Unionsrechtsordnung anerkannt worden.⁶⁷⁷ Kern des Prinzips ist der Ausgleich zwischen beteiligten privaten und öffentlichen Interessen bei hoheitlichen Eingriffen in die Freiheitssphäre des Privaten; danach muss eine Maßnahme zur Zielerreichung geeignet sein, darf nicht über das Notwendige hinausgehen und muss angemessen sein.⁶⁷⁸ Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wird heute weitgehend im Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip und damit im Verhältnis der Union zu ihren Mitgliedstaaten betrachtet. Dennoch ist es von Anfang an (auch) als Schutz des Einzelnen vor übermäßigen Maßnahmen verstanden worden⁶⁷⁹ und insoweit sogar als sein wichtigstes Anwendungsfeld.⁶⁸⁰ *Hatje* hat bereits 2001 vertreten, dass das Prinzip der Verhältnismäßigkeit auch Einfluss auf das Maß hat, in welchem die gemeinschaftsrechtlichen Loyalitätspflichten auszufüllen sind.⁶⁸¹ *Schmahl* spricht vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als einem "Regulativ föderativer Kompetenzverteilung".⁶⁸² Versteht man die nationalen Gerichte als "funktionale Unionsgerichte",⁶⁸³ welchen gemeinsam mit den Unionsgerichten die Wahrung des Unionsrechts zukommt,⁶⁸⁴ obliegt den nationalen Gerichten auch die Wahrung des

⁶⁷⁶ *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 50, 52. *Ruffert*, JuS 2017, 1130, 1132, hebt die Verhältnismäßigkeitsargumentation des *BGH* als "flexible[n], argumentativ gut begründete[n] Ansatz des *BGH*" lobend hervor; ebenso befürwortend *Soltész*, EuZW 2018, 60, 66.

⁶⁷⁷ Ausgehend von *EuGH*, Urt. v. 29. November 1956 – 8/55, ECLI:EU:C:1956:11 – Fédération Charbonnière de Belgique gegen Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Slg. (D) 1955, 297, 311. Zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. *Kischel*, EuR 2000, 380, 382; *Brigola*, EuZW 2017, 406.

⁶⁷⁸ *Kischel*, EuR 2000, 380, 381, 383f; *Kadelbach* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, Art. 5 EUV, Rn. 53.

⁶⁷⁹ *EuGH*, Urt. v. 29. November 1956 – 8/55, ECLI:EU:C:1956:11 – Fédération Charbonnière de Belgique gegen Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Slg. (D) 1955, 297, 311. S.o. Fn. 199 (Seite 43).

⁶⁸⁰ *Kadelbach* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, Art. 5 EUV, Rn. 49.

⁶⁸¹ *Hatje*, S. 82ff, 106.

⁶⁸² *Schmahl* in *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, § 6 Rn. 43.

⁶⁸³ *Calliess/Kahl/Puttler* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. A., EUV Art. 4 Rn. 80.

⁶⁸⁴ S.o. 2.3.3(b)(i) (ab Seite 39) und 2.4.3 (ab Seite 65).

unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots,⁶⁸⁵ auch wenn diese einen Beschluss der Europäischen Kommission bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen.⁶⁸⁶ Umgekehrt gewendet lässt sich auch formulieren, dass der unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den nationalen Gerichten einen gewissen Spielraum der Entscheidungsfindung belässt.⁶⁸⁷

Das Verhältnismäßigkeitsgebot wurde vom *EuGH* in diesem Zusammenhang allerdings nicht ausdrücklich angeführt. Dennoch hat er die Berücksichtigungsfähigkeit der Interessen der beteiligten Parteien auch in diesem Zusammenhang indirekt anerkannt,⁶⁸⁸ indem er im Tenor der Entscheidung *Lufthansa / Flughafen Hahn* formuliert, dass ein nationales Gericht "*beschließen*" könne, "*einstweilige Maßnahmen zu erlassen, um zum einen die Interessen der beteiligten Parteien und zum anderen die praktische Wirksamkeit der Entscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren zu eröffnen, zu wahren.*"

Ziel ist es damit zwar, die praktische Wirksamkeit der späteren Entscheidung der Europäischen Kommission zu wahren.⁶⁸⁹ Allerdings wäre der effektive Rechtsschutz ausgehöhlt, wenn auf der Grundlage der vorläufigen Einschätzung der Europäischen Kommission⁶⁹⁰ schon endgültige Maßnahmen getroffen werden könnten.⁶⁹¹ Zudem hebt der *EuGH*⁶⁹² die Möglichkeit von Zweifeln hervor. Da aber auf der Grundlage vorläufiger Festlegungen (etwa in einem Eröffnungsbeschluss) naturgemäß solche Zweifel noch bestehen, kann es keine Pflicht zu Maßnahmen geben, die über die Maßen

⁶⁸⁵ So wohl auch Europäische Kommission in *EuG*, Beschl. v. 6. Juli 2017 – T-1/15, ECLI:EU:T:2017:470 – Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM), Rn. 184.

⁶⁸⁶ So im Ergebnis auch *BGH*, Ur. v. 9. Februar 2017, I ZR 91/15, Rn. 50, 55; *Kreße*, WRP 2017, 663, 666f, der zusätzlich argumentiert, dass die Herausnahme des Wettbewerbsschutzes aus den nunmehr in Art. 3 EUV niedergelegten Zielbestimmungen im Vertrag von Lissabon und die Verlagerung in das Protokoll 27 einmal mehr belegen, dass andere primärrechtliche Grundsätze gleichrangige Bedeutung zum Unionswettbewerbsrecht bekommen sollten. Diesem Argument ist nur bedingt zuzustimmen, denn mit Art. 101ff, 107ff hat das Unionswettbewerbsrecht noch immer Primärrechtsrang.

⁶⁸⁷ *Brigola*, EuZW 2017, 406, 408ff.

⁶⁸⁸ *Karpenstein/Dorn*, EuZW 2017, 337, 340, sehen die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots im Lichte der *EuGH*-Rechtsprechung auf "*außergewöhnliche Umstände*" beschränkt, verwenden aber auch den Begriff der Angemessenheit.

⁶⁸⁹ *EuGH*, Ur. v. 11. November 2015 – C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 – Klausner Holz, Rn. 26.

⁶⁹⁰ *EuG*, Ur. v. 3. März 2015 – T-251/12, ECLI:EU:T:2015:142 – Gemeente Nijmegen, Rn. 45ff.

⁶⁹¹ *Berrisch*, EuZW 2014, 253, 254.

⁶⁹² *EuGH*, Ur. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 – Lufthansa / Flughafen Hahn, Rn. 45, letzter Spiegelstrich.

in die Rechte des Betroffenen eingreifen.⁶⁹³ Damit kann es im Einzelfall vorzugswürdig sein, im Fall vorläufiger Positionierungen der Europäischen Kommission vorerst auf eine Rückforderung zu verzichten, wenn der wirtschaftliche und wettbewerbliche Vorteil später etwa durch eine Verzinsungsregelung⁶⁹⁴ rückabgewickelt werden kann.⁶⁹⁵

(ii) Handlungsoptionen im EU-Kartellrecht und EU-Fusionskontrollrecht

Soweit EU-Kartellrecht oder EU-Fusionskontrollrecht vor Zivilgerichten geltend gemacht wird, stehen sich private Interessen gegenüber, die nach dem Maßstab des Wettbewerbsrechts zum Ausgleich gebracht werden müssen. Wenn es etwa um kartellrechtliche Schadensersatzansprüche geht und das Gericht der Auffassung der Europäischen Kommission nicht folgen will, dürfte der Fall in der Regel nicht zeitkritisch sein, so dass eine Aussetzung des Verfahrens zum Zweck der Klärung der Frage vor dem *EuGH* oder in Konsultation mit der Europäischen Kommission naheliegen dürfte. Umgekehrt muss das nationale Gericht aber nicht zwingend aussetzen, wenn es – aufgrund eigener Anschauung – den Beschluss der Europäischen Kommission für richtig und gültig hält⁶⁹⁶ und aufgrund eigener Anschauung des Sachverhaltsvortrags der Parteien und eigener Rechtsfindung (im Instanzenzug überprüfbar) entscheidet. Für eine Pflicht zur Aussetzung kann allerdings wiederum das Rechtsschutzbedürfnis einer Partei vor dem Zivilgericht sprechen, wenn gerade diese Partei einen einschlägigen Beschluss vor den Unionsgerichten angefochten hat oder dies plant (Art. 47 ChartaGR⁶⁹⁷); dieses Rechtsschutzbedürfnis der einen Partei ist mit dem Gedanken des effektiven Rechtsschutzes der anderen Partei abzuwägen.⁶⁹⁸

Ob das nationale Gericht im Fall einer Aussetzung einstweilige Maßnahmen anordnen muss, ist anhand der für das Beihilfenrecht herausgearbeiteten Maßstäbe zu

⁶⁹³ *W. Weiß*, EuZW 2015, 524, 527, 528, gegen eine zwingende Rückforderungspflicht im Fall der Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens.

⁶⁹⁴ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 12. Februar 2008 – C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79 – CELF/SIDE, Rn. 43ff.

⁶⁹⁵ *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 54. In diesem Sinne hält sich auch *OLG Schleswig-Holstein*, Urt. v. 8. April 2015 – 6 U 54/06, (wenn auch nicht mit dieser Begründung) in diesem Rahmen, denn das Gericht beschränkt sich letztlich auf vorbereitende Maßnahmen die – eine Ablehnung der Qualifizierung als "Beihilfe" durch die Europäische Kommission in der abschließenden Entscheidung unterstellend – letztlich keine schwerwiegenden Folgen hätten.

⁶⁹⁶ *BGH*, Urt. v. 18. November 2014 – KZR 15/12 - Calciumcarbid-Kartell II, juris, Rn. 123f.

⁶⁹⁷ Grundsatz der Waffengleichheit; vgl. dazu Fn. 586 (Seite 119).

⁶⁹⁸ *EuGH*, Urt. v. 16. Juli 2015 – C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 – Huawei, Rn. 42.

entscheiden. Das nationale Gericht muss also die Interessen der Streitparteien mit denen einer effektiven Durchsetzung des Unionskartell- bzw. -fusionskontrollrechts zum Ausgleich bringen. Für den Fall etwa, dass die Europäische Kommission später der Auffassung ist, dass es sich bei einer Maßnahme doch nicht um kartellrechtlich problematisches Verhalten handelt oder ein Vorgang nicht fusionskontrollrechtlich anmeldepflichtig war, müssen gerichtliche Anordnungen rückabwickelbar oder – wenn dies nicht möglich ist – vorn vorneherein von geringer Eingriffsintensität sein.

3.3.4 Gesamtschau zur Berücksichtigungspflicht auf der Grundlage des Primärrechts

Als wesentliches Element für die Sicherung einer einheitlichen Anwendung des Wettbewerbsrechts gilt die Pflicht der nationalen Zivilgerichte, Beschlüsse und beabsichtigte Beschlüsse der Europäischen Kommission bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Schon aus dem Primärrechts lässt sich eine maßgebliche Berücksichtigungspflicht (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) ableiten, die auf das Loyalitätsgebot im Lichte von Art. 17 EUV, der Kompetenzverteilung in Art. 101ff, 107f AEUV und des Grundsatzes der Rechtssicherheit zurückzuführen ist. Diese schließt auch die Feststellungen zum Sachverhalt ein, die allerdings nur von dem durch die belastete Partei des Zivilrechtsstreits angreifbaren Teil ausgeht, was nicht nur den regelnden Teil umfasst, sondern auch die tragenden Gründe.

Bei Beschlussinhalten außerhalb des angreifbaren Teils besteht eine Berücksichtigungspflicht, die allerdings eine eigene Beurteilung der nationalen Richter nicht ersetzen kann. Gleiches gilt für Beschlüsse der Europäischen Kommission, die nur eine gewisse Nähe zum gerichtlich zu beurteilenden Sachverhalt aufweisen, bei denen aber keine Sachverhaltsidentität besteht. Insoweit besteht nur ein Befassungsgebot für die nationalen Gerichte, nicht aber die Pflicht, die Sichtweise in dem Beschluss zu übernehmen. Allerdings kann sich im Rahmen der Befassung ergeben, dass eine Vorlage zum *EuGH* nach Art. 267 AEUV sinnvoll oder sogar geboten ist. Die Frage der Sachverhaltsidentität ist ggf. in einer Konsultation mit der Europäischen Kommission zu klären. Die Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte ist zudem durch die Kompetenz der Europäischen Kommission begrenzt. Fehlt einem Beschluss der Europäischen Kommission (noch) die Bestandskraft, ändert dies nichts an der Berücksichtigungspflicht im Grundsatz, wohl aber an den vom Gericht zu treffenden Konsequenzen, denn das nationale Gericht muss einstellen, dass sich der Beschluss ändern kann.

Aus Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV ergibt sich auch, dass mitgliedstaatengerichtete Beschlüsse für die nationalen Gerichte unmittelbar verbindlich sind. Soweit Beschlüsse

der Europäischen Kommission nicht an die Mitgliedstaaten, aber an eine Partei des Zivilrechtsstreits gerichtet und mithin für diese verbindlich sind, ist dies ein Umstand, den das nationale Gericht berücksichtigen muss. Soweit sich damit für Beschlüsse (allerdings nicht für nur beabsichtigte Beschlüsse) aus Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV Verbindlichkeit ableiten lässt, geht diese nicht über die beschriebene aus dem Loyalitätsgebot abgeleitete (maßgebliche) Berücksichtigungspflicht hinaus, die sogar die tragenden (und angreifbaren) Entscheidungsgründe mit umfasst.

Insgesamt können die folgenden Fallgruppen gebildet werden:

Fallgruppe 1: Maßgeblich zu beachtende, bestandskräftige Beschlüsse mit Sachverhaltsidentität

Hier besteht eine Pflicht der nationalen Zivilgerichte zu maßgeblicher Berücksichtigung (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen). Diese schließt eine Feststellungswirkung ein, die allerdings nur von dem durch die belastete Partei des Zivilrechtsstreits angreifbaren Teil ausgeht und auch das Gericht nicht von der Pflicht befreit, die Sachverhaltsidentität zu prüfen und (tatsächliche und vermeintliche) Abweichungen in dem Sinn zu berücksichtigen, dass eine Konsultation mit der Europäischen Kommission oder eine Vorlage zum EuGH unternommen wird.⁶⁹⁹ Außerhalb der Regelung und der tragenden Gründe des Beschlusses muss sich das Zivilgericht mit den Ausführungen der Europäischen Kommission beschäftigen, muss aber zu einer eigenen Sachverhaltsfeststellung und einer eigenen Bewertung kommen, die im Instanzenzug überprüfbar ist.

Soweit sich aus einem Beschluss die Absicht ergibt, einen bestimmten Beschluss zu erlassen und dies nicht gesondert angreifbar ist, gelten die Grundsätze für beabsichtigte Beschlüsse (s.u. Fallgruppe 4.). Gleiches gilt für Beschlüsse, die zwar gesondert angreifbar sein mögen, deren Bewertungsgehalt aber nur vorläufig ist und die nur einen Zwischenschritt zu einem abschließenden Beschluss darstellen.

⁶⁹⁹ S.o. 3.3.3(b) (ab Seite 108).

Fallgruppe 2: Maßgeblich zu beachtende, nicht-bestandskräftige Beschlüsse mit Sachverhaltsidentität

Auch nicht-bestandskräftige Beschlüsse sind maßgeblich (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) zu berücksichtigen und entsprechen so im Grundsatz Fallgruppe 1. Aufgrund ihrer Vorläufigkeit gelten jedoch Besonderheiten. Hat das Gericht eine andere Sichtweise als die Europäische Kommission, so darf es nicht durchentscheiden, sondern muss sein Verfahren aussetzen und eine Klärung abwarten (soweit etwa eine Nichtigkeitsklage läuft) oder muss selbst eine herbeiführen (durch eine Vorlage zum *EuGH* oder eine Konsultation mit der Europäischen Kommission⁷⁰⁰). Hält das Gericht die Auffassung der Europäischen Kommission für richtig, muss es ebenfalls aussetzen, wenn das Rechtsschutzbedürfnis der durch den Beschluss belasteten Partei dies verlangt (etwa weil diese eine Nichtigkeitsklage gegen den Beschluss eingelegt hat, über die noch nicht entschieden ist). Entscheidet das Gericht – der Auffassung der Europäischen Kommission folgend – ohne abzuwarten durch, darf es dies nur aufgrund eigener Feststellungen und Bewertungen, die im Instanzenzug überprüfbar sind.

Bei der Abwägungsentscheidung, ob eine Aussetzung und in diesem Zusammenhang einstweilige Maßnahmen, geboten sind, muss das nationale Gericht den unionsrechtlichen Kontext betrachten, da die in die Entscheidung einzustellenden Interessen etwa bei vergangenheitsbetrachtenden kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen anders sein können als etwa bei gegenwarts-/zukunftsrelevanten Beschlüssen im Beihilfenrecht auf der Grundlage von Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV.⁷⁰¹

Fallgruppe 3: Beschlüsse, denen nur Orientierungsfunktion zukommt

Anderen Beschlüssen, etwa bei fehlender Sachverhaltsidentität, kann nur eine Orientierungsfunktion i.S. einer nicht zwingend maßgeblichen Berücksichtigung zukommen, die aus dem Loyalitätsgebot im Lichte

⁷⁰⁰ Vgl. u. 7.2 (ab Seite 308).

⁷⁰¹ S.o. 3.3.3(f) (ab Seite 135) zu den Handlungsoptionen und den bei einstweiligen Maßnahmen anzulegenden Kriterien.

von Art. 17 EUV, der Kompetenzverteilung in Art. 101ff, 107f AEUV und des Grundsatzes der Rechtssicherheit abgeleitet werden kann. Dies bedeutet, dass sich das Gericht – bei hinreichender Vergleichbarkeit des Sachverhalts – zwar mit der Sichtweise der Europäischen Kommission beschäftigen muss, diese aber nicht maßgeblich zugrunde legen darf, sondern zu einer eigenen Sachverhaltsfeststellung und einer eigenen Bewertung kommen muss, die im Instanzenzug zu überprüfen ist. Allerdings kann sich im Rahmen der Befassung ergeben, dass eine Vorlage zum *EuGH* nach Art. 267 AEUV sinnvoll oder sogar geboten ist.

Fallgruppe 4: Maßgeblich zu beachtende Absicht, einen Beschluss zu fassen (bei angenommener Sachverhaltsidentität)

Beabsichtigten Beschlüssen kommt keine Verbindlichkeit i.S.d. Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV zu. Aus dem Loyalitätsgebot im Lichte von Art. 17 EUV, der Kompetenzverteilung in Art. 101ff, 107f AEUV und des Grundsatzes der Rechtssicherheit folgt insoweit gleichwohl ein Gebot zur Berücksichtigung i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen, wenn das Zivilgericht zu dem Ergebnis kommt, dass die Europäische Kommission einer Entscheidungsfindung in einem Maße nahegetreten ist, dass schon der Absicht zu einem Beschluss eine maßgebliche Wirkung zukommt. Dies muss das nationale Gericht – zur Not im Wege einer Konsultation mit der Europäischen Kommission⁷⁰² – im Lichte des Sekundärrechts ermitteln.⁷⁰³

Ist von einer hinreichenden Absicht auszugehen, sind zuwiderlaufende Entscheidungen zu unterlassen. Hat das Gericht hier eine andere Sichtweise als die Europäische Kommission, so darf es nicht durchentscheiden, sondern muss sein Verfahren aussetzen und eine Klärung abwarten oder – etwa durch eine (weitere) Konsultation mit der Europäischen Kommission – herbeiführen. Das Gericht muss prüfen, ob es die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts erfordert, die Aussetzung mit einstweiligen Maßnahmen zu begleiten, bei deren Bemessung das Gericht allerdings wiederum diese mit den Interessen

⁷⁰² Vgl. u. 7.2 (ab Seite 308).

⁷⁰³ Details s.o. 3.3.3(e) (ab Seite 119).

der beteiligten Prozessparteien in Ausgleich bringen muss.⁷⁰⁴ Hält das Gericht die Auffassung der Europäischen Kommission für richtig, darf es ihr folgen, ohne auf die abschließende Bewertung durch die Europäische Kommission zu warten, muss insoweit aber zu einer eigenen Sachverhaltsfeststellung und einer eigenen Bewertung kommen, die ggf. im Instanzenzug zu überprüfen ist. Bei überlanger Verfahrensdauer bei der Europäischen Kommission muß das Zivilgericht mit dem Ziel der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts die primärrechtlich geregelten Verfahrensrechte der Parteien gegeneinander abwägen; auch wenn grundsätzlich eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts und dabei eine Leuchtturmfunktion der Europäischen Kommission anzuerkennen ist, kann diese bei überlanger Verfahrensdauer entfallen.

3.3.5 Sondersituationen

Die vorstehend identifizierten Berücksichtigungspflichten könnten in bestimmten Sondersituationen bereits primärrechtlich modifiziert sein. Zu betrachten sind hier die Berücksichtigungspflicht bei bestandskräftigen Beschlüssen der Europäischen Kommission im Fall entfernter dritter nicht-Adressaten (im Folgenden unter (a)), die Berücksichtigungspflicht bei aufgehobenen Beschlüssen der Europäischen Kommission (im Folgenden unter (b)), die Berücksichtigungspflicht wenn ein Beschluss gegenüber dem einen Adressaten mangels Klage bestandskräftig wurde, inhaltlich gleiche Parallelbeschlüsse aber aufgehoben wurden (im Folgenden unter (c)) sowie die Frage der Berücksichtigungspflicht, wenn die Rechtskraft von Entscheidungen nationaler Gerichte gegen die unionsrechtliche Wirkung von Beschlüssen der Europäischen Kommission streitet (im Folgenden unter (d)).

- (a) Bestandskräftige Beschlüsse der Europäischen Kommission im Fall entfernter dritter nicht-Adressaten

Wesentliches Ergebnis des vorstehenden Abschnittes 3.3.3(a)⁷⁰⁵ war, dass eine Berücksichtigungspflicht i.S. eines Verbots einer einem Beschluss der Europäischen Kommission zuwiderlaufender Entscheidungen nationaler Gerichte durch den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nicht eingeschränkt wird, soweit dieser Beschluss von der durch diesen belasteten Partei des Zivilrechtsstreits angegriffen

⁷⁰⁴ S.o. 3.3.3(f) (ab Seite 135).

⁷⁰⁵ Ab Seite 101.

werden kann bzw. konnte. Aus Abschnitt 3.3.3(d)⁷⁰⁶ ergab sich, dass zudem die Bestandskraft für den Grad der Berücksichtigungspflicht entscheidend ist.

Hiervon ist allerdings eine Ausnahme zu machen. So kann, etwa bei Beihilfen, die für allgemein umschriebene Personengruppen und nicht für genau bezeichnete Empfänger bestimmt sind, für einen an sich Klagebefugten unklar sein, dass er Nichtigkeitsklage erheben kann. Für einen solchen Fall hat der *EuGH* anerkannt, dass ein Vorabentscheidungsersuchen auch dann noch möglich ist, wenn Bestandskraft des Beschlusses der Europäischen Kommission eingetreten ist.⁷⁰⁷ Dies muss auch Auswirkung auf den Grad der Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte haben. Der effektive Rechtsschutz der potentiell von einem Beschluss der Europäischen Kommission belasteten Partei des Zivilrechtsstreits wäre beeinträchtigt, wenn dieser in einem solchen Fall die Bestandskraft des Beschlusses entgegengehalten würde. Hier muss das nationale Gericht damit zu einer eigenen (im Instanzenzug überprüfbaren) Entscheidung kommen. Will das Gericht von der Auffassung der Europäischen Kommission abweichen, wird eine Vorlage beim *EuGH* nach Art. 267 AEUV naheliegen oder (jedenfalls bei letztinstanzlichen Gerichten) gar verpflichtend sein.

(b) Aufgehobene Beschlüsse der Europäischen Kommission

In der Literatur wird vertreten, dass einem durch das *EuG* aufgehobenen Beschluss der Europäischen Kommission, selbst wenn das Urteil des *EuG* wiederum vor dem *EuGH* angefochten ist, keine Bindungswirkung mehr zukomme.⁷⁰⁸ Richtig ist, dass die Aufhebung nicht nur formal die Verbindlichkeit des Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV entfallen lässt. Es lässt sich vielmehr auch argumentieren, dass dadurch, dass das *EuG* den Beschluss in Frage stellt, auch dessen Leitfunktion entfällt, die sich aus dem Loyalitätsgebot, Art. 17 EUV, dem Gedanken der Rechtssicherheit oder der besonderen Stellung der Europäischen Kommission im EU-Wettbewerbsrecht ableitet, denn in diesem Fall ist gerade fraglich, ob die Europäische Kommission wirklich richtig

⁷⁰⁶ Ab Seite 116.

⁷⁰⁷ *EuGH*, Urt. v. 23. Februar 2006 – Verbundene Rechtssachen C-346/03 und C-529/03, ECLI:EU:C:2006:130 – Atzeni, Rn. 33, 34; *Weiß*, ZHR 180 (2016), S. 80, 115f. Vgl. dazu auch *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. Februar 2018 – C-135/16, ECLI:EU:C:2018:120 – Georgsmarienhütte u.a., Rn. 33f, 40, 61, der bezogen auf den Vorrang des Rechtsschutzes vor den Unionsgerichten darauf abstellt, dass dieser "unzweifelhaft" und "offensichtlich" gegeben war; ebenso *Gaitanides* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, Art. 267, Rn. 38.

⁷⁰⁸ *O. Weber* in *Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5; *Imgrund*, S. 87.

entschieden hat. Hieraus aber unmittelbar abzuleiten, dass keine Pflicht zu maßgeblicher Berücksichtigung besteht, vereinfacht die Problematik zu sehr.

Der Ansicht ist selbstverständlich zuzustimmen, soweit die Entscheidung des *EuG*, die den Beschluss aufhob, rechtskräftig ist. Das Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen bezogen auf einen Beschluss der Europäischen Kommission entfällt auch, wenn der *EuGH* diesen im Verfahren nach Art. 267 AEUV für unwirksam erklärt oder die Europäische Kommission selbst die Entscheidung aufhebt.⁷⁰⁹

Allerdings muss das nationale Gericht in diesen Fällen prüfen, ob nicht eine Neuentscheidung der Europäischen Kommission ansteht;⁷¹⁰ insoweit gilt dann (allenfalls) eine Berücksichtigungspflicht bezogen auf beabsichtigte Beschlüsse. Dabei sind die Entscheidungen der EU-Gerichte in der Regel kein ausreichender Anhaltspunkt, denn diese nehmen Beschlüsse der Europäischen Kommission wegen deren "*Ermessensspielraum*"⁷¹¹ nicht vorweg. Insoweit muss das nationale Gericht auf die oben⁷¹² beschriebenen, allgemeinen Kriterien zurückgreifen.

Ist die Europäische Kommission gegen die Entscheidung des *EuG*, die ihren Beschluss aufhob, vor dem *EuGH* vorgegangen, ist dies ein Umstand, den das nationale Zivilgericht berücksichtigen muss. Hier streiten die Auffassungen zweier wichtiger unionsrechtlicher Entscheidungskörper gegeneinander und es ist zu erwarten, dass die Fragen in absehbarer Zeit vom *EuGH* geklärt werden. Die Situation ist der ähnlich, in der nur eine vorläufige Positionierung der Europäischen Kommission vorliegt, aber eine endgültige Entscheidung der Europäischen Kommission ansteht. Dies spricht dafür, dass die nationalen Gerichte Entscheidungen unterlassen müssen, die der Positionierungen von Europäischer Kommission und der Positionierung des *EuG* zuwiderlaufen, idealerweise also ihre Entscheidung aussetzen und dies – falls erforderlich – mit einstweiligen Maßnahmen verbinden, bei denen die verschiedenen Interessen miteinander abgewogen werden müssen. Insoweit kann auf die oben angestellten Überlegungen verwiesen werden.⁷¹³ Soweit dabei ein Ausgleich zwischen

⁷⁰⁹ Divivier, S. 464.

⁷¹⁰ Vgl. Quigley, S. 647.

⁷¹¹ *EuGH*, Urt. v. 22. März 1977 – 74/76, ECLI:EU:C:1977:51 - Iannelli & Volpi, Rn. 11/12; inhaltlich so auch *EuGH*, Urt. v. 22. März 1977 – 78/76, ECLI:EU:C:1977:52 - Steinike & Weinlig, Rn. 8f; *EuGH*, Urt. v. 14. Februar 1990 – C-301/87, ECLI:EU:C:1990:67 – Boussac, Rn. 15; *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – SFEI, Rn. 36.

⁷¹² S.o. 3.3.3(e) (ab Seite 119).

⁷¹³ S.o. 3.3.3(f) (ab Seite 135).

den Positionen von Europäischer Kommission und *EuG* nicht gefunden werden kann, entfällt nach hier vertretener Auffassung die Berücksichtigungspflicht bezogen auf den Beschluss der Europäischen Kommission.

- (c) Wirkung bestandskräftiger Beschlüsse, wenn Parallelbeschlüsse aufgehoben wurden

*Divivier*⁷¹⁴ wirft die Frage auf, ob die Berücksichtigungspflicht bezogen auf einen bestandskräftigen Beschluss der Europäischen Kommission *per se* entfällt, wenn dieser zwar bestandskräftig, aber offensichtlich rechtswidrig ist. *Divivier* zielt dabei auf die Situation ab, in der ein beklagter, vermeintlicher Kartelltäter den gegen ihn gerichteten Beschluss der Europäische Kommission bestandskräftig werden ließ, während andere vermeintliche Täter des selben vermeintlichen Kartells gegen den Beschluss der Europäischen Kommission vorgegangen sind und erfolgreich waren. *Divivier* leitet aus der Entscheidung des *EuGH* in Sachen *AssiDomän*,⁷¹⁵ in welcher der *EuGH* dem "Bedürfnis nach Rechtssicherheit" Vorrang gab vor der "Rückzahlung einer zu Unrecht auferlegten Geldbuße", ab, dass auch zivilrechtlich eine Bindungswirkung des nationalen Gerichts an den (offensichtlich rechtswidrigen) Beschluss der Europäischen Kommission bestehe. Ähnlich wie der *EuGH* scheint auch der *BFH* davon auszugehen, dass eine maßgebliche Berücksichtigungspflicht nationaler Gerichte bezogen auf bestandskräftige Beschlüsse der Europäischen Kommission besteht, die sogar eine Vorlage nach Art. 267 AEUV grundsätzlich ausschließt, wenn es die betroffene Partei versäumt hatte, gegen den Beschluss vorzugehen.⁷¹⁶

Die hier festgestellte, primärrechtliche, grundsätzliche Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte ist im Wesentlichen auf die Leuchtturmfunktion der Europäischen Kommission zurückzuführen, die aus Art. 17 EUV sowie den Durchführungszuständigkeiten der Art. 101ff, 107f AEUV abgeleitet werden kann. Diese Normen sind ihrerseits aber mit den Regelungen des Art. 251ff AEUV ins Verhältnis zu setzen, welche dem *EuGH* das Letztentscheidungsrecht über die Auslegung des Unionsrechts zusprechen. Damit wird deutlich, dass auch die

⁷¹⁴ *Divivier*, S. 426ff.

⁷¹⁵ *EuGH*, Urt. v. 14. September 1999 – C-310/97 P; ECLI:EU:C:1999:407 – Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen AssiDomän Kraft Products AB, Iggesunds Bruk AB, Korsnäs AB, MoDo Paper AB, Södra Cell AB, Stora Kopparbergs Bergslags AB und Svenska Cellulosa AB.

⁷¹⁶ *BFH*, Urt. v. 12. Oktober 2000 – III R 35/95 – juris, Rn. 27ff. Ähnlich *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. Februar 2018 – C-135/16, ECLI:EU:C:2018:120 – Georgsmarienhütte u.a., Rn. 28ff, sowie *Gaitanides* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, Art. 267, Rn. 38.

Leuchtturmfunktion der Europäischen Kommission nur begrenzt sein kann. Dies unterstreicht, dass endgültig (und sei es auch in einer Parallelsache) als falsch bewerteten Beschlüssen der Europäischen Kommission im Grundsatz keine Leitfunktion, sei es im Sinne einer maßgeblichen Berücksichtigungspflicht, sei es im Sinne einer unverbindlichen Orientierungswirkung, zukommen kann.

Allerdings sind diese (nicht angegriffenen und damit bestandskräftigen) Beschlüsse als Regelung in der Welt und haben als solche u.U. nach Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV eine relevante Verbindlichkeit (Tatbestandswirkung). Im Zweifel wird hier für das nationale Gericht eine Vorlage zum *EuGH* nach Art. 267 AEUV sinnvoll, wenn nicht notwendig sein. Der *EuGH* wird dann entscheiden müssen, ob im jeweiligen Fall eine Durchbrechung der Bestandskraft des Beschlusses der Europäischen Kommission möglich ist. Es ist nur schwer vorstellbar, dass – wie *Dividier* befürchtet⁷¹⁷ – ein bestandskräftiger aber unrechtmäßiger Beschluss der Europäischen Kommission im Unionskartellrecht in eine Schadensersatzpflicht mündet, obgleich tatsächlich kein Verstoß gegen EU-Kartellrecht vorlag. Alternativ zu einer Vorlage beim *EuGH* werden die nationalen Gerichte prüfen müssen, ob eine Abweisung der Schadensersatzklage etwa auf der Ebene der Kausalität möglich ist. Im Bereich des Beihilfenrechts ist der *EuGH* bei der Annahme einer Durchbrechung der Rechtskraft allerdings zurückhaltend.⁷¹⁸

(d) Rechtskraft von Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte

So wie das Unionsrecht – wie dargestellt – für nationale Gerichte eine Berücksichtigungspflicht bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission vorgibt, kann sich aus dem nationalen Recht die Verpflichtung der selben Gerichte ergeben, rechtskräftige Entscheidungen anderer (nationaler) Gerichte des selben Mitgliedstaats zu berücksichtigen, die zum selben Sachverhalt ergangen sind. Zu einem Konflikt kann es dann kommen, wenn die Europäische Kommission davor bereits einen Beschluss gefasst hatte, dies in der rechtskräftigen Entscheidung aber nicht berücksichtigt wurde, oder die Europäische Kommission nach der gerichtlichen Entscheidung noch einen (zuwiderlaufenden) Beschluss fasst oder beabsichtigt.⁷¹⁹

⁷¹⁷ *Dividier*, S. 496.

⁷¹⁸ *Weiß*, ZHR 180 (2016), S. 80, 115.

⁷¹⁹ Die letztgenannte Situation ist nicht ausgeschlossen, auch wenn – wie es teils vertreten wird – die Europäische Kommission in diesen Fällen schon wegen des Loyalitätsgebots des Art. 4 Abs. 3 EUV zurückhaltend vorgehen und mit Augenmaß entscheiden muss, ob sie noch tätig wird; vgl. *Becker/Vollrath* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5. Zur Frage, inwieweit die

Aus Sicht des deutschen Rechts hat die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen einen hohen Stellenwert, welcher sich beispielsweise in § 79 Abs. 2 S. 1 BVerfGG zeigt.⁷²⁰ Die (materielle) Rechtskraft ist ein Kernelement des deutschen Zivilprozessrechts. Sie führt dazu, dass der Inhalt formell rechtskräftiger Entscheidungen (§ 705 ZPO) für die Parteien des Rechtsstreits verbindlich wird. Es ist damit nicht mehr möglich, dass die Parteien nochmals über denselben Streitgegenstand streiten. Bei einer Auseinandersetzung über einen anderen Gegenstand gilt die im Vorprozess rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge als vorgreiflich, so dass das Gericht im Folgeprozess gebunden ist.⁷²¹

Allerdings lässt bereits das deutsche Zivilprozessrecht in zahlreichen Fällen eine Durchbrechung der Rechtskraft zu, so dass es insoweit nicht zu einem Konflikt mit der Unionsrechtsordnung im Allgemeinen und etwaigen Beschlüssen der Europäischen Kommission im Besonderen kommt.⁷²² Geht nach deutschem Recht dagegen eine zivilprozessuale Bindungswirkung von einer rechtskräftigen Entscheidung eines deutschen Gerichts aus (und wäre eine anderweitige Auslegung des Zivilprozessrechts *contra legem*⁷²³), stellt sich die Frage, ob ein dieser Entscheidung entgegenstehender Beschluss der Europäischen Kommission (oder die Absicht dazu) dennoch in dem Sinne vorgehen kann, dass er vom nationalen Gericht maßgeblich berücksichtigt wird, oder ob der Rechtskraftgedanke bezogen auf nationale Gerichtsentscheidungen von vorneherein eine Berücksichtigungspflicht ausschließt.

Europäische Kommission bei ihrer Entscheidungsfindung eine vorliegende Entscheidung eines nationalen Gerichts berücksichtigen muss, siehe Kapitel 4 (ab Seite 251).

⁷²⁰ *BFH*, Urt. v. 21. Januar 2015 – X R 40/12 – juris, Rn. 38.

⁷²¹ Darstellung in diesem Absatz nach *Gruber* in *Vorwerk/Wolf*, Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Stand: 1. September 2015, § 322 (Einleitung). Einzelheiten sind hier – bezogen auf das deutsche Recht – streitig; vgl. *Volkommer* in *Zöller*, ZPO, vor § 322 Rn. 21ff.

⁷²² *Becker*, EuZW 2012, 725, 729. Vgl. zu den Möglichkeiten der Rechtskraftdurchbrechung im deutschen Recht *Kühling/Schwendinger*, EWS 2015, 1, 8, sowie ausführlich zu den Voraussetzungen der "gesetzlich normierten Ausnahmen von der Rechtskraft in den §§ 578 bis 580, 36 Abs. 1 Nr. 5, Nr. 6, 233, 321a, 323 und 324 ZPO" *LG Münster*, EuGH-Vorlage v. 18. September 2014 – 11 O 334/12, 011 O 334/12 – juris, Rn. 70ff. Vgl. auch *Schmidt* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), AEUV Art. 101 Abs. 2, Rn 40; *Gundel*, EWS 2016, 2, 3, der hervorhebt, dass eine Restitutionsklage nach § 580 ZPO bei Urteilen des EGMR möglich ist, Urteile des *EuGH* aber nicht erwähnt.

⁷²³ So die Konstellation i.S. *EuGH*, Urt. v. 11. November 2015 – C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 - Klausner Holz; vgl. *Kühling*, EWS 2015, Die erste Seite, wonach das *LG Münster* als in dieser Sache vorlegendes Gericht eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 322 ZPO für nicht möglich hielt.

Da ein Beschluss der Europäischen Kommission – zumindest soweit er eine Regelung enthält – nach Art. 288 AEUV verbindliches, sekundärrechtliches Unionsrecht darstellt, nimmt er grundsätzlich auch an dessen Vorrang teil.⁷²⁴ Wenn deutsches Zivilprozessrecht entgegensteht, besteht eine Kollision, welche zwar nicht zwingend zu einer Nichtanwendbarkeit des nationalen Rechts führt, aber dennoch zu einer Verpflichtung, die Durchsetzung des Unionsrechts nicht von vorneherein zu verhindern.⁷²⁵ Zu einer solchen Kollision kommt es aber nur, wenn das Unionsrecht tatsächlich die Durchbrechung der Rechtskraft einer nationalen Gerichtsentscheidung zuließe, denn es ist zu bedenken, dass die (nationalen) Rechtskraftregelungen als Teil der Wahrnehmung der Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten aus Art. 291 Abs. 1 AEUV⁷²⁶ gewertet werden können. Diese kann allerdings – etwa durch das Effektivitätsprinzip – eingeschränkt sein.⁷²⁷

Politisch wird der Rechtskraft eines Urteils auf der Ebene der EU ein hoher Stellenwert zugewiesen, auch den Urteilen nationaler Gerichte.⁷²⁸ Die Rechtsprechung des *EuGH* zur Frage, ob sich die Bindungswirkung der Rechtskraft einer Entscheidung eines nationalen Gerichts oder die Berücksichtigungspflicht eines Beschlusses der Europäischen Kommission im Fall eines Konflikts durchsetzt, gilt als uneinheitlich.⁷²⁹ Die Rechtsprechung des *EuGH* gilt grundsätzlich als "*rechtskraftfreundlich*",⁷³⁰ denn er hat anerkannt, dass im Unionsrecht der Rechtsfrieden, die Beständigkeit rechtlicher Beziehungen sowie eine geordnete Rechtspflege wichtige Güter sind und deshalb grundsätzlich unanfechtbare (nationale) Gerichtsentscheidungen nicht mehr in Frage gestellt werden sollen, auch wenn diese gegen Unionsrecht verstoßen.⁷³¹ Auch die

⁷²⁴ S.o. 3.3.2(e) (ab Seite 99).

⁷²⁵ *Weiß* in *Niedobitek*, Europarecht – Grundlagen der Union, § 5 Rn. 79; *EuGH*, Urt. v. 9. März 1978 – 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 – Simmenthal, Rn. 21/23; s.o. 2.1.2 (ab Seite 11) a.E; *Laukemann*, GPR 2016, 172, 177, geht von Nichtanwendbarkeit des nationalen Rechts.

⁷²⁶ S.o. 2.3.1(b) (ab Seite 31).

⁷²⁷ S.o. die in Fn. 144 (Seite 31) zitierte Rspr.

⁷²⁸ *Juncker* (Präsident der Europäischen Kommission), *State of the Union Address 2017*, Rede vor dem Europäischen Parlament am 13. September 2017: "*Accepting and respecting a final judgement is what it means to be part of a Union based on the rule of law. Member States gave final jurisdiction to the European Court of Justice. The judgements of the Court have to be respected by all. To undermine them, or to undermine the independence of national courts, is to strip citizens of their fundamental rights.*"

⁷²⁹ *Quigley*, S. 630f; *Vincze*, EuR 2016, 544ff.

⁷³⁰ *Laukemann*, GPR 2016, 172, 178.

⁷³¹ *EuGH*, Urt. v. 3. September 2009 – C-2708, ECLI:EU:C:2009:506 – Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate gegen Fallimento Olimpiclub Srl, Rn. 22; *EuGH*, Urt. v. 22. Dezember 2010

Europäische Kommission befürwortete bereits 1999 – zumindest im Grundsatz – den Vorrang rechtskräftiger nationaler Gerichtsentscheidungen.⁷³² Allerdings nahm der *EuGH* namentlich in zwei Fällen im Beihilfenrecht eine Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen im Fall von entgegenstehenden Beschlüssen der Europäischen Kommission an und zwar im Fall *Lucchini*, in welchem ein einschlägiger Beschluss der Europäischen Kommission der später rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung zeitlich vorging,⁷³³ sowie im Fall *Klausner Holz*, in welchem eine (später rechtskräftige) gerichtliche Entscheidung erging, in welcher Beihilfenrecht unberücksichtigt blieb und die dem Durchführungsverbot aus Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV entgegenstand, da ein beihilfenrechtlicher Beschluss der Europäischen Kommission noch anstand.⁷³⁴ Es gilt als ungeklärt, ob diese Entscheidungen auf andere Rechtsbereiche übertragbar sind.⁷³⁵

Soweit der *EuGH* eine Durchbrechung der Rechtskraft fordert, wird dies in der Literatur teils kritisch gesehen. Es wird vertreten,⁷³⁶ dass sich der Rechtskraftgedanke auch dann durchsetzen müsse, wenn sich das Gericht nicht mit allen (Unions-) rechtlichen Aspekten auseinandergesetzt hätte. Letzteres erscheint begründbar für den Fall, dass sich die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts für das erkennende Gericht mit Blick auf den von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt nicht ergeben konnte. Soweit der (auf der Grundlage des Vortrags der Parteien) zugrundegelegende Sachverhalt dagegen die Anwendung dieses Rechts notwendig macht, wäre es nach dem Rechtsspruchwort *iura novit curia*, welches auch die unmittelbare Geltung entsprechenden EU-Rechts nachzeichnet,⁷³⁷ Sache des Gerichts, diesen Rechtsbereich auch anzuwenden.⁷³⁸

Richtig ist dagegen die Kritik von *Laukemann*, wonach eine isolierte Betrachtung der Entscheidung *Klausner Holz* zu dem Schluss verleiten könnte, dass sich der *EuGH* –

– C-507/08, ECLI:EU:C:2010:802 - Europäische Kommission/Slowakische Republik, Rn. 55 bis 65; *EuGH*, Urt. v. 11. November 2015 – C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 - Klausner Holz, Rn. 38f.

⁷³² *Europäische Kommission*, Weißbuch 81/82, Rn. 102 (2).

⁷³³ *EuGH*, Urt. v. 18. Juli 2007 – C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434 – Lucchini, Rn. 14, 23, 36, 59 bis 63.

⁷³⁴ *EuGH*, Urt. v. 11. November 2015 – C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 - Klausner Holz, Rn. 27ff.

⁷³⁵ *Kopczynski*, EWIR 2016, 223, 224; *Vincze*, EuR 2016, 544, 550f; vgl. auch *Soltész*, EuZW 2016, 87, 94, der die Bedeutung der Entscheidung Klausner Holz als "über das Beihilferecht hinaus" reichend ansieht.

⁷³⁶ *H. Weiß*, EuZW 2016, 57, 60f.

⁷³⁷ *Saenger* in *Saenger*, ZPO, § 293 Rn. 1.

⁷³⁸ BZKG101/102, Rn. 3 bezogen auf das EU-Kartellrecht. So im Ergebnis dann auch wieder *H. Weiß*, EuZW 2016, 57, 61 (Berücksichtigung der sich aus Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV i.V.m. § 134 BGB ergebenden Nichtigkeit als Einrede "v.A.w.").

zumindest im Bereich des Beihilfenrechts – einer sinnvollen "*Auflösung des Konflikts zwischen effektiver Rechtssicherung und Rechtssicherheit*" verschließt.⁷³⁹ Gleichwohl ist es erforderlich, einen Ausgleich zwischen diesen Polen zu schaffen. Um das Spannungsverhältnis zwischen Beschlüssen der Europäischen Kommission und rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidungen aufzulösen, sind auf der Ebene des Unionsrechts die vom *EuGH* benannten rechtsstaatlichen Grundsätze (Rechtsfrieden, Beständigkeit rechtlicher Beziehungen, geordnete Rechtspflege) im Lichte der Aspekte zu betrachten, die für eine Berücksichtigungspflicht von Beschlüssen der Europäischen Kommission durch nationale Gerichte sprechen.

Eine isolierte Betrachtung von Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV führt nicht weiter. Zwar wird dort – zumindest für den regelnden Teil der Beschlüsse – eine Verbindlichkeit vorgegeben. Dies schließt es aber nicht aus, dass die genannten Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit nicht zu einer teleologischen Reduktion des Anwendungsbereichs des Art. 288 AEUV führen.

Auch eine isolierte Betrachtung des Grundsatzes der Rechtssicherheit, welcher im Grundsatz für eine Berücksichtigung von Beschlüssen der Europäischen Kommission spricht, führt hier nicht weiter, denn auch die Beachtung der Rechtskraft von nationalen Gerichtsentscheidungen kann zum Rechtsfrieden und damit letztlich auch zur Rechtssicherheit beitragen. Stellt man hier weiter ein, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht zwingend ein Gefälle an Verlässlichkeit im Vergleich zwischen Beschlüssen der Europäischen Kommission und der nationalen Gerichte vorgibt, erscheint es zumindest vertretbar, dass im Rahmen der Betrachtung des Grundsatzes der Rechtssicherheit der Gedanke der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts eine (maßgebliche) Berücksichtigung von Beschlüssen der Europäischen Kommission (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) trotz entgegenstehender, rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung nicht vorgibt. Gleiches gilt – bei isolierter Betrachtung – für das Loyalitätsgebot.

Allerdings ist auch hier die besondere Rolle der Europäischen Kommission zu beachten, die ihr nicht nur allgemein (Art. 17 EUV), sondern auch im primärrechtlichen Unionskartell- und Beihilfenrecht eingeräumt ist.⁷⁴⁰ Oben war bereits herausgearbeitet worden, dass zudem auf der Grundlage des *effet utile*-Gedankens eine Pflicht der

⁷³⁹ Laukemann, GPR 2016, 172, 176.

⁷⁴⁰ *EuGH*, Urt. v. 3. September 2009 – C-2708, ECLI:EU:C:2009:506 – Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate gegen Fallimento Olimpiclub Srl, Rn. 25.

nationalen Gerichte, Beschlüsse (und beabsichtigte Beschlüsse) der Europäischen Kommission grundsätzlich zu berücksichtigen, angenommen werden kann.

Auf den ersten Blick könnte dies der Gedanke sein, den auch der *EuGH* zuletzt in der Entscheidung *Klausner Holz* (für das Beihilfenrecht) verfolgte.⁷⁴¹ Allerdings geht es dem *EuGH* bei genauerer Betrachtung in erster Linie nicht um die Berücksichtigung von Beschlüssen der Europäischen Kommission oder die Rechtskraft nationaler Urteile, sondern um die Berücksichtigung des Beihilfenrechts überhaupt. Im Fall *Lucchini* hatte das nationale Gericht, dessen Entscheidung später rechtskräftig wurde, dieses nicht angewandt und (auch) unter Ausblendung des vorangegangenen Beschlusses der Europäischen Kommission entschieden. Im Fall *Klausner Holz* lag (noch) kein Beschluss der Europäischen Kommission vor. Allerdings hatte sich auch hier das Gericht, dessen Entscheidung rechtskräftig wurde, nicht mit Beihilfenrecht auseinandergesetzt. Beiden Fällen ist damit – unabhängig von dem Zeitpunkt des Beschlusses der Europäischen Kommission – gemein, dass sich die Gerichte nicht mit dem Unionsrecht (Beihilfenrecht) auseinandergesetzt hatten. Das Loyalitätsgebot verbunden mit dem *effet utile*-Gedanken hätte aber gerade eben dies erfordert. Aus dieser Warte spricht viel für den Ansatz des *EuGH*, dass in diesen Konstellationen das Unionsrecht eine Durchbrechung der Rechtskraft durch einen entgegenstehenden Beschluss der Europäischen Kommission fordert.

Etwas anderes kann allerdings gelten, wenn sich das nationale Gericht in der rechtskräftigen Entscheidung intensiv mit dem einschlägigen Rechtsbereich auseinandergesetzt hat. Hier wäre dann wieder mit stärkerer Gewichtung der Aspekt der Rechtssicherheit zu Gunsten der Partei einzustellen, die auf den Bestand der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung vertraut. Insoweit hat der *EuGH* – nach der Entscheidung *Klausner Holz*, allerdings in einem nicht zu EU-Wettbewerbsrecht ergangenen Fall⁷⁴² – hervorgehoben, dass die Rechtskraft einer nationalen Gerichtsentscheidung der (richtigen) Auslegung des Unionsrechts vorgehen könne, zumindest wenn das dadurch entstehende Spannungsverhältnis nicht anders aufgelöst werden könnte.

Damit kann der Gedanke des Rechtsfriedens zu Gunsten der Anerkennung der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung überwiegen: Wenn es einer Partei mit zulässigen Mitteln im kontradiktorischen Verfahren gelungen ist, das Zivilgericht von einer Meinung zu überzeugen, die nicht im Einklang mit einem Beschluss (oder auch

⁷⁴¹ *EuGH*, Urt. v. 11. November 2015 – C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 - Klausner Holz, Rn. 40ff.

⁷⁴² *EuGH*, Urt. v. 6. Oktober 2015 – C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662 – Târșia.

nur möglichen Beschluss) der Europäischen Kommission steht, und sich das nationale Gericht mit dem entsprechenden Unionsrecht auseinandergesetzt hat und die entsprechende Entscheidung des Zivilgerichts Rechtskraft mit Bindungswirkung erlangt, ist dies auch aus der Perspektive der EU hinzunehmen. Andernfalls besteht ein erhebliches Risiko, dass (vermeintlich) relevante Beschlüsse der Europäischen Kommission (oder die bloße Möglichkeit solcher Beschlüsse) genutzt werden, längst beendeten Streitigkeiten wieder vor die Zivilgerichte zu bekommen. Letzteres wäre nicht im Sinn einer effektiven Rechtspflege, in der es auch Ziel sein muss, ggf. nach Durchschreiten mehrerer Instanzen einen Rechtsstreit auch zu einem definitiven Ende zu bringen. Als unionsrechtliches "Notventil"⁷⁴³ ist in diesen Fällen auf Instrumente wie Staatshaftung oder Vertragsverletzungsverfahren zurückzugreifen, wenn dies aus unionsrechtlicher Perspektive von Betroffenen bzw. Europäischer Kommission als erforderlich angesehen wird, auch wenn diese Instrumente im Zweifel schwach sind.⁷⁴⁴

In die Abwägungsentscheidung über die Frage der Rechtskraftdurchbrechung sind auch Wertungen des Primär- und Sekundärrechts einzustellen. Im EU-Kartellrecht ist Systemwechsel von der VO 17 auf die VO 1/2003 zu berücksichtigen, welcher *"die Aufgabe des Wettbewerbsschutzes in erheblichem Ausmaß von den zuständigen Fachbehörden auf Private und Gerichte verlagert"* hat.⁷⁴⁵ Auch die Europäische Kommission sah im Gesetzgebungsverfahren das Ziel der *"Kohärenz des EG-Wettbewerbsrechts"* sowie des *"reibungslosen Funktionieren[s] des Binnenmarkts"* nur bei erheblichen Abweichungen für gefährdet an; zwar komme es *"entscheidend darauf an, dass nationale Gerichte und Wettbewerbsbehörden keine Entscheidungen erlassen, die Entscheidungen der Kommission widersprechen"*, aber nur, wenn sich dies

⁷⁴³ Gündel, EWS 2016, 2, 3.

⁷⁴⁴ Vincze, EuR 2016, 544, 551, zum Staatshaftungsanspruch. Die Möglichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens sprechen auch Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 9, und O. Weber in Schulte/Just, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 12, sowie Imgrund, S. 208f, an. Imgrund hält das Institut des Vertragsverletzungsverfahrens im Fall gerichtlicher Fehlleistungen aufgrund der bisherigen Zurückhaltung der Europäischen Kommission in diesem Bereich für ein schwaches Instrument; ähnlich Becker/Vollrath in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 52. Ritter in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), VO 1/2003 Art. 16, Rn. 13 weist zudem darauf hin, dass ein Vertragsverletzungsverfahren bei einem Verstoß gegen Art. 16 VO 1/2003 nur dann möglich sei, wenn der nationale Richter *"offenkundig und wiederholt gegen geltendes Recht verstoßen hat, ohne dass der Staat dagegen etwas unternommen hat."* Imgrund, S. 209ff, und Ritter in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), VO 1/2003 Art. 16, Rn. 13, nennen daher ebenfalls Schadenersatzansprüche als mögliche Konsequenz divergierender Entscheidungen.

⁷⁴⁵ Monopolkommission, SG 7. GWB-Novelle, Rn. 36.

"etablieren sollte".⁷⁴⁶ Entsprechend hat der Rat im Gesetzgebungsverfahren einerseits das Bedürfnis gesehen, dass die *"Dezentralisierung nicht zu einer Renationalisierung der Wettbewerbspolitik"* führt, *"da sämtliche Wirtschaftsteilnehmer im gesamten Gebiet der Gemeinschaft gleichbehandelt werden müssen"*, andererseits aber das Ziel der *"Achtung"* der *"Unabhängigkeit"* der nationalen Gerichte ausgerufen.⁷⁴⁷ Umgekehrt kann die zentrale Kompetenz der Europäischen Kommission im Bereich des Beihilfenrechts eher für eine Rechtskraftdurchbrechung sprechen;⁷⁴⁸ gleiches dürfte für das ebenfalls zentral gestaltete Fusionskontrollrecht gelten. *Becker*⁷⁴⁹ etwa, der für eine Durchbrechung der Rechtskraft plädiert, hebt zudem hervor, *"dass ein Beihilfeempfänger grundsätzlich nur dann auf den Bestand einer Beihilfe vertrauen darf, wenn das in Art. 108 III AEUV vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde"*.

Zusammenfassend lässt sich also feststellen:

Ein Konflikt zwischen der Berücksichtigungspflicht bezogen auf eine rechtskräftige nationale gerichtliche Entscheidung und der Berücksichtigungspflicht bezogen auf einen Beschluss der Europäischen Kommission kann in vielen Fällen anhand der nationalen Vorschriften zur Rechtskraftdurchbrechung aufgelöst werden. Soweit eine gerichtliche Entscheidung beispielsweise durch (prozess-) betrügerische Handlungen herbeigeführt wurde, bietet schon das deutsche Zivil(prozess)recht die Möglichkeit der Rechtskraftdurchbrechung.⁷⁵⁰ Die dort entwickelten Grundsätze (ggf. in Verbindung mit einer unionsrechtskonformen Anwendung) sollten in vielen Fällen genügen, um den unzulässig benachteiligten Parteien (unter maßgeblicher Berücksichtigung relevanter getroffener oder beabsichtigter Beschlüsse der Europäischen Kommission)

⁷⁴⁶ Europäische Kommission, Vorsch. Kom. DVO81/82.

⁷⁴⁷ Bericht von der 2347. Tagung des Rates – Energie / Industrie – am 14.-15. Mai 2001 in Brüssel, C/01/181.

⁷⁴⁸ Vgl. die Darstellung bei *Kühling/Schwendinger*, EWS 2015, 1, 4; *Gundel*, EWS 2016, 2, 5f, sieht die abweichende Behandlung des Beihilfenbereichs aufgrund dessen besonderer Stellung gedeckt und verweist auch auf die *"Alcan-Rechtsprechung der 1990erJahre zur Rücknahmefrist gemäß § 48 Abs. 4 VwVfG"*; ähnlich auch *Laukemann*, GPR 2016, 172, 175f. Vgl. auch *EuG*, Urt. v. 16. Juli 2014 – T-309/12, ECLI:EU:T:2014:676 - Zweckverband Tierkörperbeseitigung, Rn. 246.

⁷⁴⁹ *Becker*, EuZW 2012, 725, 729; vgl. dazu *EuGH*, Urt. v. 20. September 1990 – C-5/89, ECLI:EU:C:1990:320 – Kommission/Deutschland, Rn. 9ff; *EuGH*, Urt. v. 19. Januar 1997 - C-169/95, ECLI:EU:C:1997:10 – Spanien/Kommission, Rn. 48.

⁷⁵⁰ *Vollkommer* in *Zöller*, ZPO, vor § 322 Rn. 72. Ggf. Wiederaufnahme des Verfahrens nach §§ 578ff ZPO. Hierzu *Ritter* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), VO 1/2003 Art. 16, Rn. 8.

im kontradiktorischen Verfahren zu ihrem Recht zu verhelfen.⁷⁵¹ Auch mag der Weg über eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 2 ZPO gangbar sein.⁷⁵²

Zudem ist von Bedeutung, inwieweit bezogen auf einen Beschluss der Europäischen Kommission Berücksichtigungspflicht (unter Ausblendung der Frage der Bestandskraft einer entgegenstehenden gerichtlichen Entscheidung) tatsächlich besteht.

Erst wenn es wirklich zu einer Kollision in dem Sinn kommt, dass dem Beschluss der Europäischen Kommission Maßgeblichkeit (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) zukommt, der die Rechtskraft eines nationalen Urteils entgegensteht, ist im Rahmen einer Abwägungsentscheidung anhand der oben beschriebenen Maßstäbe zu prüfen, inwieweit ein Ausgleich zwischen der effektiven Durchsetzung des Unionswettbewerbsrechts und den unionsrechtlichen Zielen Rechtsfrieden, Beständigkeit rechtlicher Beziehungen und geordnete Rechtspflege geschaffen werden kann. Soweit hier Zweifel bestehen, ist der *EuGH* anzurufen.

(e) Zusammenfassung

Unterabschnitt 3.3.4⁷⁵³ hatte ergeben, dass sich aus dem Primärrecht zur Frage der Berücksichtigungspflicht der nationalen Zivilgerichte bezogen auf gefasste und beabsichtigte Beschlüsse der Europäischen Kommission vier unterschiedliche Fallgruppen herausarbeiten lassen: Maßgeblich zu beachtende, bestandskräftige Beschlüsse mit Sachverhaltsidentität (Fallgruppe 1), maßgeblich zu beachtende, nicht-bestandskräftige Beschlüsse (Fallgruppe 2), Beschlüsse, denen nur Orientierungsfunktion zukommt ohne maßgeblich zu beachten zu sein (Fallgruppe 3) sowie beabsichtigte Beschlüsse bei angenommener Sachverhaltsidentität (Fallgruppe 4).

Der vorliegende Unterabschnitt hat nun ergeben, dass die Fallgruppen 1 nicht einschlägig ist, wenn zwar ein bestandskräftiger Beschluss vorliegt, die betroffene

⁷⁵¹ So zumindest im Ergebnis auch *Becker*, EuZW 2012, 725, 729f, der den Weg über ein Restitutionsklage nach § 580 Nr. 7 lit. b ZPO in unionsrechtskonformer Auslegung vorschlägt.

⁷⁵² So *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 14, der ebenfalls gegen eine Durchbrechung der Rechtskraft plädiert. Ähnlich wohl auch *O. Weber* in *Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 13: "Art. 16 verletzend Zivilurteile verlieren ihre Vollstreckbarkeit in der Union ..., da das EU-Kartellrecht zum *ordre public* zählt ...". Auch *Zuber*, S. 65f, scheint den Weg über den Verzicht der nationalen Rechtsordnung auf Vollstreckung im Fall einer späteren, gegenläufigen Entscheidung der Europäischen Kommission für richtig zu halten. Ebenso *Imgrund*, S. 206f

⁷⁵³ Ab Seite 144.

Partei des Zivilrechtsstreits (zumindest theoretisch) auch gegen diesen hätte vorgehen können, ein solches Vorgehen aber aufgrund der Umstände nicht nahelag.

Fallgruppen 2 und 3 scheiden aus, wenn bereits gefasste Beschlüsse der Europäischen Kommission vom *EuG* rechtskräftig aufgehoben wurden. Ist eine solche Aufhebung vor dem *EuGH* anhängig, müssen die nationalen Gerichte im Zweifel aussetzen und ggf. entsprechende einstweilige Maßnahmen treffen.

Wenn eine Partei eines Zivilrechtsverfahrens einen Beschluss der Europäischen Kommission bestandskräftig werden ließ, die Befassung von *EuG* bzw. *EuGH* mit Parallelbeschlüssen aber ergab, dass diese aufzuheben sind und sich daher ergibt, dass auch der bestandskräftige Beschluss nur wirksam, aber rechtswidrig ist, entfällt die Orientierungswirkung des Beschlusses i.S.d. Fallgruppe 3 und auch die Fallgruppen 1 und 2 sind nicht anwendbar. Allerdings muss sich das Gericht dann damit auseinandersetzen, dass der Beschluss als wirksames Sekundärrecht in der Welt, nach Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV verbindlich ist und Tatbestandswirkung für den regelnden Teil erzeugt. Hier muss das nationale Gericht – notfalls unter Einschaltung des *EuGH* – versuchen, die Verbindlichkeit aus Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV zu überwinden.

Bei der Frage, ob sich bei einem Widerspruch eines Beschlusses der Europäischen Kommission und einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung letztere durchsetzt, müssen die Zivilgerichte die Umstände des Einzelfalls berücksichtigen und dabei insbesondere prüfen, ob das einschlägige Unionsrecht in der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung berücksichtigt wurde.

3.4 Berücksichtigungspflichten auf der Grundlage des Sekundärrechts (Art. 16 VO 1/2003)

3.4.1 Einführung

Eine Berücksichtigungspflicht (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) zu Lasten nationaler Gerichte bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission ist im Sekundärrecht des EU-Wettbewerbsrechts nur Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003⁷⁵⁴ zu

⁷⁵⁴ Art. 9 SE-RL regelt, dass behördliche "*Entscheidung ... vor einem ... nationalen Gericht[e] als unwiderlegbar festgestellt*" gelten. Diese Regelung gilt allerdings ausdrücklich nur für Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden und ist daher auf die Europäische Kommission nicht übertragbar; Scheffler, NZKart 2015, 223, 226.

entnehmen, der nur für das EU-Kartellrecht (Art. 101, 102 AEUV) Bedeutung hat. Dieser lautet:

Wenn Gerichte der Mitgliedstaaten nach Artikel 81 oder 82 des Vertrags über Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen zu befinden haben, die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sind, dürfen sie keine Entscheidungen erlassen, die der Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen. Sie müssen es auch vermeiden, Entscheidungen zu erlassen, die einer Entscheidung zuwiderlaufen, die die Kommission in einem von ihr eingeleiteten Verfahren zu erlassen beabsichtigt. Zu diesem Zweck kann das einzelstaatliche Gericht prüfen, ob es notwendig ist, das vor ihm anhängige Verfahren auszusetzen. Diese Verpflichtung gilt unbeschadet der Rechte und Pflichten nach Artikel 234 des Vertrags.

Diese Regelung wurde auf der Grundlage der *Masterfoods*-Rechtsprechung des *EuGH* formuliert. Im Folgenden wird zunächst geprüft, ob der Regelung über das Primärrecht hinaus eigene Bedeutung zukommen kann (3.4.2), und dann (dies annehmend) analysiert, ob diese weiter reicht als das Primärrecht. Dabei wird unterschieden zwischen Berücksichtigungspflichten bezogen auf bestehende Beschlüsse (3.4.3) und Berücksichtigungspflichten bezogen auf beabsichtigte Beschlüsse (3.4.4).

3.4.2 Möglichkeit eigenen Regelungsgehalts des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003

Es wird vertreten, dass die Regelung des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 grundlegende Wertungen der Unionsgerichte kodifiziere⁷⁵⁵ und daher überflüssig sei, da sich der Gehalt der Regelung bereits dem Primärrecht (in der vom *EuGH* gefundenen) Auslegung entnehmen lasse.⁷⁵⁶ Der Norm komme damit nur klarstellende Wirkung zu.⁷⁵⁷ Daher könnte man sich die Frage stellen, ob eine Analyse des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 von vorneherein unterbleiben kann, da ihm gegenüber der (damals bestehenden) Rechtsprechung ohnehin kein eigenständiger Gehalt zukommt. Dies ist aber aus verschiedenen Gründen nicht der Fall.

⁷⁵⁵ Schmidt in Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 15 Rn. 12.

⁷⁵⁶ Schneider in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 2; LG Köln, Teilurteil vom 17. Januar 2013 – 88 O 1/11 – juris, Rn. 166; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2006 – C-119/05, ECLI:EU:C:2006:576 – Lucchini, Rn. 78.

⁷⁵⁷ Imgrund, S. 106.

So ist eine eigene sekundärrechtliche Regelung möglich⁷⁵⁸ und zeigt der Gesetzgebungsvorgang, dass nicht zwingend eine bloße Wiederholung des Primärrechts gewollt war. Die Genese des Art. 16 VO 1/2003 wurde bereits mehrfach untersucht.⁷⁵⁹ Danach hatte die Europäische Kommission mit einer allgemeinen, weniger deutlichen Formulierung die Diskussion eröffnet.⁷⁶⁰ Im Rat war dann u.a. umstritten, ob – mit Blick auf die vorhandenen Entscheidungen des *EuGH* – eine Regelung überhaupt erforderlich ist. Das Europäische Parlament hatte eine strikere Bindung gefordert.⁷⁶¹ Einige Mitgliedstaaten vertraten zunächst die Auffassung, dass die Rechtsprechung genügt. Andere Mitgliedstaaten sahen dagegen Klarstellungsbedarf. Schließlich hielt nur Luxemburg die Auffassung aufrecht, eine Kodifizierung sei wegen der *Masterfoods*-Rechtsprechung nicht erforderlich.

Daher wird teils angenommen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber eine sekundärrechtliche Regelung erlassen habe, die zwar ihre Grundlage in der Rechtsprechung hat, diese aber nicht zwingend deckungsgleich abbildet, sondern sie vielmehr den neuen Gegebenheiten anpasste.⁷⁶² Unabhängig davon ist zu beobachten, dass sich seit Erlass der VO 1/2003 auch die Rechtsprechung weiterentwickelt und zunehmend auch auf Art. 16 VO 1/2003 bezogen hat.⁷⁶³ Es tritt hinzu, dass der (Grad der) Berücksichtigungspflicht, der sich aus der *Masterfoods*-Rechtsprechung für die nationalen Gerichte ergab, schon mit Blick auf das System der VO 17 in Frage gestellt wurde⁷⁶⁴ und mit der VO 1/2003 ein Systemwechsel vollzogen wurde.⁷⁶⁵ Die Frage nach

⁷⁵⁸ S.o. 2.3.1(a) (ab Seite 29).

⁷⁵⁹ *Bartels*, S. 97ff; *Klees*, § 8, Rn. 100ff; *Imgrund*, S. 99ff; *Wright*, S. 185f.

⁷⁶⁰ Vorsch. Kom. DVO81/82: "*bestrebt sein*" der nationalen Gerichte, keine zu einer Entscheidung der Europäischen Kommission im Widerspruch stehende Entscheidung zu treffen. *Bartels*, S. 97ff, 106, weist darauf hin, dass der Vorschlag kritisch aufgenommen wurde, weil sein Gehalt unklar blieb, und der Wirtschafts- und Sozialausschuss (in Stell. WSA81/82) nicht von einer Bindungswirkung für die nationalen Gerichte ausging.

⁷⁶¹ *Bartels*, S. 109.

⁷⁶² *Schütz* in *KöKo Kartellrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 3, bezogen auf das Verhältnis von Art. 16 VO 1/2003 und der Entscheidung *EuGH*, Ur. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 - *Delimitis* / *Henninger Bräu*.

⁷⁶³ Vgl. z.B. *EuGH*, Ur. v. 6. November 2012 – C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 – *EG/Otis*, Rn. 65f.

⁷⁶⁴ *Zuber*, S. 53ff.

⁷⁶⁵ *Imgrund*, S. 100, spekuliert dagegen, dass der *EuGH* mit der *Masterfoods*-Entscheidung Vorgaben machen wollte, deren "*Gehalt ... vom Systemwechsel nicht berührt werden sollte*". Einer Entscheidung des *EuGH* unbesehen Wirkung für eine künftige Rechtslage zu geben, die der *EuGH* nicht kennen konnte und auch nicht erwähnt, ginge jedoch nach hier vertretener Auffassung zu weit. Letztlich kommt aber auch *Imgrund*, S. 100ff,

den Berücksichtigungspflichten der nationalen Gerichte ist daher vor dem Hintergrund des Eingreifens des Gemeinschaftsgesetzgebers mit Erlass der VO 1/2003 neu zu bewerten. Ein Außerachtlassen von Art. 16 VO 1/2003 in der Analyse ist daher nicht möglich. Sein Regelungsgehalt ist daher näher zu untersuchen.

Es bietet sich an, diese Untersuchung getrennt vorzunehmen bezogen auf bestehende Beschlüsse der Europäischen Kommission (im Folgenden 3.4.3) und bezogen auf nur beabsichtigte Beschlüsse der Europäischen Kommission (im Folgenden 3.4.4).

3.4.3 Gehalt des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 bezogen auf bestehende Beschlüsse der Europäischen Kommission

(a) Grundsätzlich klarstellende Wirkung

Art. 16 Abs. 1 S. 1 AEUV verbietet nationalen Gerichten Entscheidungen zu treffen, die Beschlüssen der Europäischen Kommission "zuwiderlaufen". Wie bereits oben dargestellt,⁷⁶⁶ sind Beschlüsse der Europäischen Kommission im EU-Kartellrecht in aller Regel nicht an die Mitgliedstaaten, sondern an Unternehmen gerichtet. Selbst wenn diese Parteien eines Zivilrechtsstreits sind, gilt nach dem Wortlaut des Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV eine Verbindlichkeit nur für diese und damit nicht zwingend auch für das Zivilgericht. Es wird daher zum Teil bezweifelt, dass sich aus Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV eine ebenso umfassende Berücksichtigungspflicht für die nationalen Gerichte ergibt, wie bei mitgliedstaatengerichteten Beschlüssen.⁷⁶⁷

Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 schließt diese vermeintliche Lücke, in dem die Norm klarstellt, dass das Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen unabhängig von der Adressatenstellung gilt.⁷⁶⁸ Allerdings ist dies nicht mehr als eine Klarstellung, denn

zu dem Ergebnis, dass die *Masterfoods*-Entscheidung "keine Vorgaben zum Umfang der Bindungswirkung" enthält und nimmt eine weitgehende Analyse des Art. 16 VO 1/2003 vor.

⁷⁶⁶ S.o. 3.3.2(d) (ab Seite 95).

⁷⁶⁷ *Durner*, EuR 2004, 547, 559; *Divivier*, S. 369f.

⁷⁶⁸ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – *Gasorba*, Rn. 28.

das Verbot zuwiderlaufender Beschlüsse kann bereits – auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 3, Art. 17 EUV, Art. 101f, 107f AEUV – dem Primärrecht entnommen werden (Fallgruppen 1 und 2).⁷⁶⁹

Zu prüfen ist aber, ob Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 für bestehende Beschlüsse dennoch in seiner Wirkung weiter reicht, als das Primärrecht.

(b) Tatbestands- oder Feststellungswirkung

Beschlüsse der Europäischen Kommission im Unionskartellrecht, insbesondere die nach Art. 7 VO 1/2003, bestehen aus ihrem Tenor, der üblicherweise den Wettbewerbsverstoß feststellt und eine Abstellung anordnet,⁷⁷⁰ sowie der Begründung für diesen "operativen Teil" der Entscheidung. Bereits in der frühen Literatur nach Einführung der VO 1/2003 wurde teils angenommen, dass hier eine weitgehende Feststellungswirkung besteht und die nationalen Gerichte auch an die Sachverhaltsermittlung der Europäischen Kommission gebunden sind.⁷⁷¹ Die GA Kokott hat unlängst allerdings einer Beschränkung auf die Regelungswirkung das Wort geredet, allerdings ohne Begründung.⁷⁷²

Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 unterscheidet nach seinem Wortlaut nicht zwischen Tenor, Sachverhalt und dessen Würdigung in den Entscheidungsgründen. Ein "Zuwiderlaufen" ("*iraient à l'encontre*"; "*running counter to*") ist vom Wortsinn her nicht nur gegen den Tenor, sondern auch die Sachverhaltsfeststellung und deren Würdigung in den Entscheidungsgründen denkbar. Nach dem Wortlaut kann man daher alle drei Elemente als mit erfasst ansehen. Gleiches indizieren die Erwägungsgründe der VO 1/2003.⁷⁷³ Dies spricht dafür, dass eine Berücksichtigungspflicht bezogen auf

⁷⁶⁹ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

⁷⁷⁰ Divivier, S. 435.

⁷⁷¹ Durner, EuR 2004, 547, 549. Das AG Bonn, 8. Januar 2016 – 52 OWi 126/15 [b] – Zuckerkartell, NZKart 2016, 141, 142, spricht (in Bezug auf § 33 Abs. 4 GWB a.F.) wechselnd von "Tatbestandswirkung" und "Feststellungswirkung" und geht davon aus, dass diese dazu führe, dass die "tatsächlichen Feststellungen", die einer "Entscheidung des Bundeskartellamts zugrunde liegen", im Zivilprozess "keines Beweises mehr bedürfen", lässt aber offen, ob dies im Sinne einer echten Bindungswirkung oder nur im Sinne einer Umkehr der Beweislast verstanden wird.

⁷⁷² EuGH, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – Gasorba, Rn. 30.

⁷⁷³ Die Erwägungsgrund (22) der VO 1/2003 hebt das "System paralleler Zuständigkeiten" hervor, in dem "im Interesse der Rechtssicherheit und der einheitlichen Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft einander widersprechende Entscheidungen vermieden werden." Es sei daher erforderlich die "Wirkungen von Entscheidungen und Verfahren der Kommission auf Gerichte und Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten ... im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs" zu klären.

die tatsächlichen Feststellungen ebenso wie die rechtliche Würdigung besteht und dies unabhängig von der Frage, ob sich die Feststellungen im regelnden Teil oder der Begründung befinden. Daher wird in der Literatur teils angenommen, dass sich aus Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 eine Feststellungswirkung ergibt.⁷⁷⁴ Dies entspricht letztlich dem Ergebnis zur Prüfung der primärrechtlichen Berücksichtigungspflicht (Fallgruppen 1 und 2).

Allerdings ist hier auch zu berücksichtigen, dass das primärrechtlich gewährte Recht auf effektiven Rechtsschutz⁷⁷⁵ sekundärrechtlich nicht eingeschränkt werden kann. Die Berücksichtigungspflicht des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 besteht mithin nur, soweit der entsprechende Beschluss angegriffen werden kann oder konnte.⁷⁷⁶ Im Fall der fehlenden Angreifbarkeit durch die belastete Partei besteht dagegen – aus dem Primärrecht – nur die grundsätzliche Berücksichtigungspflicht ohne Bindungscharakter und ohne Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen.⁷⁷⁷ Insoweit kann eine "*starke Indizwirkung*"⁷⁷⁸ angenommen werden, die aber widerlegbar ist: Das Zivilgericht muss sich mit den Ausführungen der Europäischen Kommission beschäftigen, muss aber zu einer eigenen Sachverhaltsfeststellung und einer eigenen Bewertung kommen, die im Instanzenzug zu überprüfen ist.

⁷⁷⁴ Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 34a; Imgrund, S. 94ff, S. 128, 133f. Ebenso zu § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB) Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 33, Rn. 89.

⁷⁷⁵ S.o. 3.3.3(a) (ab Seite 101).

⁷⁷⁶ EuG, Urt. v. 16. Dezember 2015 – T-48/11, ECLI:EU:T:2015:988 – British Airways plc, Rn. 40 bis 42; vgl. EuG, Urt. v. 16. Dezember 2015 – T-46/11, ECLI:EU:T:2015:987 – Lufthansa, Rn. 39ff.; Becker/Vollrath in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 27ff. Becker/Vollrath in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 33.; Scheffler, NZKart 2015, 223, 224, bezogen auf § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB); Rother/Rieger, NZKart 2016, 116, 117f.; Monopolkommission, SG 7. GWB-Novelle, Rn. 44; Imgrund, S. 84f S. 112ff. Auf S. 84f verweist Imgrund insoweit auf die Entscheidungen i.S. Crehan des englischen Court of Appeal und des House of Lords, in welchem letzteres mit Bezug auf Art. 10 EG ebenfalls gegen die starre Bindungswirkung für nicht-Adressaten plädierte (House of Lords (GB), Urt. v. 19.7.2006, [2006] UKHL 38 - Inntrepreneur v. Crehan, WuW/E KRInt 164). Der Leitsatz (zitiert nach wuw-online) lautet: "*Eine außerhalb des anhängigen Verfahrens erlassene Entscheidung der Kommission, durch die eine im anhängigen Verfahren relevante tatsächliche Lage beurteilt wird, ist vom nationalen Richter als sachverständige Meinung zu berücksichtigen, ohne diesen aber zu binden.*"

⁷⁷⁷ S.o. 3.3.3(a) (ab Seite 101), 3.3.3(f) (ab Seite 135) und 3.3.4 (ab Seite 144).

⁷⁷⁸ LG Berlin, Urt. v. 6. August 2013 - 16 O 193/11 Kart – juris, Rn. 68, 80ff.

Vor diesem Hintergrund ist die Auffassung der Europäischen Kommission⁷⁷⁹ konsequent, dass die Wirkung des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 zu Lasten einer Partei eines Zivilverfahrens nur besteht, wenn es sich dabei exakt um die Person handelt, die in dem entsprechenden Beschluss als Kartelltäter bezeichnet ist, wobei die Adressatenstellung dabei als hinreichende, nicht aber als zwingende Voraussetzung gesehen wird. Entscheidend ist insoweit nicht die Adressatenstellung, sondern das Bestehen von Verteidigungsrechten.⁷⁸⁰

Zu beachten ist allerdings auch hier Art. 297 Abs. 2 UA 3 AEUV, wonach Beschlüsse für den Adressaten (oder sonst Betroffenen) nur durch individuelle Bekanntgabe wirksam werden.⁷⁸¹ Nicht entsprechend bekanntgegebene Beschlüsse können im Rahmen des Art. 16 VO 1/2003 nicht berücksichtigt werden.⁷⁸² Nicht-Adressaten eines Beschlusses müssen also, wenn er ihnen nicht bekanntgegeben wurde, nicht quasi auf Verdacht gegen diesen vorgehen, nur um das Risiko der Anwendung des Art. 16 VO 1/2003 auszuschließen.⁷⁸³

Kronzeugen, also Kartelltäter, die einen *Leniency*-Antrag gestellt haben,⁷⁸⁴ werden in der Regel, auch wenn sie 100% Geldbußenerlass gewährt bekommen, in den Beschlüssen der Europäischen Kommission als Täter benannt.⁷⁸⁵ Solche Kronzeugen sind in Art. 16 VO 1/2003 nicht ausgenommen. Damit gilt die dort geregelte Berücksichtigungspflicht auch zu deren Lasten, soweit sie in dem Beschluss als Adressaten benannt werden,⁷⁸⁶ ihnen die Entscheidung bekannt gegeben wurde und auf

⁷⁷⁹ SWP Damages actions, Rn. 154.

⁷⁸⁰ *Wright*, S. 175 sowie – allerdings zu § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB) – *LG Berlin*, Urt. v. 6. August 2013 - 16 O 193/11 Kart – juris, Rn. 68, und *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 29. Januar 2014 – VI-U (Kart) 7/13 – juris, Rn. 43; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 9. April 2014 – VI-U (Kart) 10/12 – juris, Rn. 36.

⁷⁸¹ *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. A., Art. 297, Rn. 14; *Geismann* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, Art. 297, Rn. 19.

⁷⁸² *Schneider* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 10.

⁷⁸³ *Divivier*, S. 417f. Siehe hierzu bereits oben 3.3.2(d)(i) (ab Seite 96) und 3.3.5(a) (ab Seite 148).

⁷⁸⁴ Siehe dazu Art. 4a VO 773/2004.

⁷⁸⁵ *Bechtold/Bosch*, GWB, § 33, Rn. 42.

⁷⁸⁶ *Imgrund*, S. 86; *Leniency-Mitteilung*, Rn. 39: "Gewährung eines Geldbußenerlasses oder einer Geldbußenermäßigung lässt die zivilrechtlichen Folgen für ein Unternehmen wegen seiner Beteiligung an einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 EG-Vertrag unberührt." *Divivier*, S. 456, weist darauf hin, dass auch Kartelltäter, denen ein 100%iger Bußgelderlass auf der Grundlage der *Leniency-Mitteilung* gewährt wird, als Adressaten geführt werden. Ebenso, zu § 33 GWB, *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 33, Rn. 94.

dieser Grundlage ein Klagerecht nach Art. 263 Abs. 4 AEUV gegeben ist (war).⁷⁸⁷ Umgekehrt entfällt die Wirkung des Art. 16 VO 1/2003 aufgrund des primärrechtlichen Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz, wenn der Kronzeuge mangels Beschwer den Beschluss der Europäischen Kommission vor den Unionsgerichten nicht anfechten konnte.⁷⁸⁸

(c) Sachverhaltsidentität

Wie festgestellt⁷⁸⁹ kommt eine maßgebliche Berücksichtigung eines Beschlusses der Europäischen Kommission (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) durch das Zivilgericht auf der Ebene des Primärrechts (Fallgruppe 1 und 2) nur in Frage, wenn Sachverhaltsidentität besteht. Bezogen auf bereits vorliegende Beschlüsse ist dies in Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 ausdrücklich geregelt worden. Damit kann die Berücksichtigungspflicht nicht weiter reichen, als die Wirkung des Beschlusses, auch in räumlicher Hinsicht.⁷⁹⁰ Auch die Europäische Kommission ging vor⁷⁹¹ und nach⁷⁹² Erlass des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 davon aus, dass dessen Wirkung auf Fälle der Sachverhaltsidentität begrenzt ist.⁷⁹³

⁷⁸⁷ Divivier, S. 456f. Dies wird gestützt von Erwägungsgrund (38) der SE-RL, in denen eine Bestandskraft einer kartellrechtlichen Entscheidung für die Kronzeugen für möglich gehalten wird, was ein Verteidigungsrecht voraussetzt: *"Es ist daher angebracht vorzusehen, dass Unternehmen, denen von einer Wettbewerbsbehörde im Rahmen eines Kronzeugenprogramms die Geldbuße erlassen wurde, vor übermäßigen Schadensersatzansprüchen geschützt werden; dabei ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde, in der die Zuwiderhandlung festgestellt wird, für den Kronzeugen bestandskräftig werden kann, bevor sie für die anderen Unternehmen, denen die Geldbuße nicht erlassen wurde, bestandskräftig wird, wodurch der Kronzeuge möglicherweise zum bevorzugten Ziel von Klagen wird."* Ein Beispiel ist *EuG*, Urt. v. 16. Dezember 2015 – T-46/11, ECLI:EU:T:2015:987 – Lufthansa.

⁷⁸⁸ S.o. 3.3.3(a)(iv) (ab Seite 106).

⁷⁸⁹ S.o. 3.3.3(b) (ab Seite 108).

⁷⁹⁰ Dies hat der Bundesgesetzgeber im Rahmen der 7. GWB-Novelle auch für den damals eingeführten § 33 Abs. 4 GWB a.F. so angenommen, BT-Drs. 15/3640 v. 7. Juni 2004, S. 54.

⁷⁹¹ Europäische Kommission, Vorsch. Kom. DVO81/82.

⁷⁹² SWP Damages actions, Rn. 141: *"National courts cannot take decisions ruling on agreements, decisions or practices under Article 81 or Article 82 EC that run counter to a decision adopted by the Commission on the same agreements, decisions or practices."*

⁷⁹³ Ebenso Klees, § 8, Rn. 112: Erfasst würden *"nur identische, nicht aber lediglich 'gleich gelagerte' Sachverhalte"*. Ebenso auch *LG Düsseldorf*, Urt. v. 8. September 2016 – 37 O 27/11 (Kart) – juris, Rn. 175.

Mit Verweis auf die primärrechtliche Rechtslage zum Aspekt der Sachverhaltsidentität⁷⁹⁴ lehnt *Imgrund* denn auch zu Recht eine Berücksichtigungspflicht nach Art. 16 Abs. 1 S. 1. VO 1/2003 für Situationen ab, in denen – so sein Beispiel – A mit B und C einen und mit D und E einen anderen Vertrag geschlossen habe, die beiden Verträge vom Wortlaut her identische, kartellrechtswidrige Klauseln enthalten, aber nur der Vertrag zwischen A, B und C, nicht aber der Vertrag zwischen A, D und E von der Europäischen Kommission in einem Beschluss als kartellrechtswidrig angesehen wurde. In diesem Fall hätte in einer gerichtlichen Auseinandersetzung um die Vereinbarung zwischen A, D und E der Beschluss der Europäischen Kommission keine Relevanz i.S.d. Art. 16 Abs. 1 S. 1. VO 1/2003.⁷⁹⁵

Aus all dem ist Folgendes abzuleiten:

Das nationale Gericht muss feststellen, ob der bei ihm verhandelte Sachverhalt derselbe ist, den die Europäische Kommission ihrem Beschluss zugrundegelegt hat. Nur wenn dies feststeht, kann eine Berücksichtigungspflicht i.S.d. Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 entstehen.⁷⁹⁶ Dies bedeutet aber, dass das Gericht um eine eigene Sachverhaltsfeststellung nicht herumkommt, wenn die (Vollständigkeit der) Sachverhaltsermittlung der Europäischen Kommission in Frage steht oder vorgetragen wird, dass zeitlich nach der Entscheidung der Europäischen Kommission neue (relevante) Umstände hinzugetreten sind.⁷⁹⁷

Damit ergibt sich, dass Beschlüssen der Europäischen Kommission auch im Rahmen des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 keine abstrakt-generelle Wirkung (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) zukommt, was die rechtliche Bewertung des Sachverhalts über den konkreten Einzelfall hinaus angeht⁷⁹⁸ und wie sie etwa Urteilen

⁷⁹⁴ S.o. 3.3.3(b) (ab Seite 108) und dort insbes. Fn. 520 zur Ansicht des GA *Cosmas*.

⁷⁹⁵ *Imgrund*, S. 83f.

⁷⁹⁶ So ist etwa *OLG Nürnberg*, Urt. v. 19. Juli 2016, 3 U 116/16, WuW 2016, 603ff, Rn. 38, 42, mit Blick auf § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB) vorgegangen.

⁷⁹⁷ So wohl auch *Divivier*, S. 466f. In diese Richtung auch *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 42, allerdings für das Beihilfenrecht, sowie *EuGH*, Urt. v. 15. September 2015 – C-574/14, ECLI:EU:C:2016:686 – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S. A. gegen Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Rn. 38 bis 40.

⁷⁹⁸ Ebenso *Schneider* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 1; *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 9. Ähnlich wohl *Schneider* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 9.

des *EuGH* zugeschrieben wird.⁷⁹⁹ Wenn der Gemeinschafts- bzw. Unionsgesetzgeber diese weitgehende Bindungswirkung gewollt hätte, hätte er dies positiv regeln müssen.⁸⁰⁰

(d) Vorgehen bei fehlender Bestandskraft

Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 setzt keine Bestandskraft voraus (und gibt sogar eine Berücksichtigungspflicht für nur beabsichtigte Beschlüsse vor⁸⁰¹). Damit besteht die dort normierte Berücksichtigungspflicht auch bei nicht-bestandskräftigen Beschlüssen.⁸⁰² Dies bedeutet aber nicht, dass das nationale Gericht die nicht-bestandskräftigen Beschlüsse der Europäischen Kommission ohne Weiteres einer endgültigen eigenen Entscheidung zugrundelegen darf oder muss.

Zunächst ordnet Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 nur das Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen und gerade keine Bindungswirkung im Sinne einer Zugrundelegung, die die Vorläufigkeit der Beurteilung außer Acht lässt, an.⁸⁰³ Auch im Rahmen der Anwendung dieser Norm können die nationalen Gerichte damit (und müssen⁸⁰⁴) das Spannungsverhältnis zwischen Berücksichtigungspflicht und dem Risiko der Aufhebung / Änderung auflösen. Grundsätzlich ist das nationale Gericht zwar nicht gehindert, dem Beschluss der Europäischen Kommission – ohne Aussetzung – inhaltlich zu folgen und mithin durchzuentscheiden. Dabei muss es allerdings den primärrechtlichen Anspruch der belasteten Partei auf effektiven Rechtsschutz beachten.⁸⁰⁵ Soweit das nationale Gericht also einen Beschluss der Europäischen Kommission tragend zugrunde legen möchte, kommt es nicht umhin, sich nach den zivilprozessualen Grundsätzen selbst Gewissheit über die angenommenen Fakten zu schaffen, soweit erforderlich in der Beweisstation, so dass die dadurch belastete Partei im Instanzenzug dagegen vorgehen kann.⁸⁰⁶

⁷⁹⁹ *EuGH*, Urt. v. 13. Mai 1981 – 66/80, ECLI:EU:C:1981:102 - International Chemical Corporation, Rn. 13, 15.

⁸⁰⁰ Ebenso für Positiventscheidungen nach Art. 10 VO 1/2003 *Sura in Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 10, Rn. 10.

⁸⁰¹ Dazu ausführlich unten 3.4.4 (ab Seite 176).

⁸⁰² *Imgrund*, S. 86f.

⁸⁰³ *Wright*, S. 187ff, die darauf hinweist, dass das Wort "*Bindungswirkung*" nicht verwendet wird.

⁸⁰⁴ S.o. 3.3.3(d) (ab Seite 116).

⁸⁰⁵ S.o. 3.3.3(a) (ab Seite 101).

⁸⁰⁶ Mit Blick auf das deutsche Recht spiegelt sich das auch in § 33b GWB, welcher eine Bindungswirkung vorschreibt, dies aber begrenzt auf bestandskräftige Entscheidungen. Umgewendet bedeutet dies, dass ohne

Wenn das nationale Gericht dagegen der Auffassung der Europäischen Kommission in dem noch nicht bestandskräftigen Beschluss nicht folgt, hat es nach dem Primärrecht eine Aussetzung des Gerichtsverfahrens ebenso wie eine Vorlage zum *EuGH* zumindest in Betracht zu ziehen.⁸⁰⁷ Dementsprechend legt Art. 16 Abs. 1 S. 3, 4 VO 1/2003 den nationalen Gerichten nahe ("*kann ... prüfen, ob ... notwendig*"), "*das vor ihm anhängige Verfahren auszusetzen*" und stellt klar, dass eine Vorlage zum *EuGH* nicht ausgeschlossen ist.⁸⁰⁸ Dabei scheint dem jeweils handelnden Gericht nach dem Wortlaut ("*kann*"; "*peut*"; "*may*") kein Zwang zur Aussetzung auferlegt zu sein. Das insoweit eingeräumte Ermessen dürfte sich aber im Licht der Vorgaben aus S. 2 nur auf die Wahl der Mittel bei der Vermeidung einer zuwiderlaufenden Entscheidung beschränken. Dafür spricht auch die Wortwahl "*notwendig*" im zweiten Teil von S. 3.⁸⁰⁹

(e) Vorgehen bei bestandskräftigen, aber offensichtlich unrechtmäßigen Beschlüssen

Ein ähnliches Vorgehen wird bei zwar bestandskräftigen, aber offensichtlich unrechtmäßigen Beschlüssen der Europäischen Kommission sinnvoll sein. Nach dem Wortlaut erstreckt sich das Verbot des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 zwar auch auf solche bestandskräftige, aber offensichtlich unrechtmäßige Beschlüsse. Ziel der Regelung ist aber gerade eine tragfähige (und einheitliche) Fortentwicklung des Unionskartellrechts. Diesem Ziel wird etwa in dem Szenario nicht gedient, in dem ein falscher Beschluss der Europäischen Kommission rechtskräftig, ein inhaltsgleicher Parallelbeschluss dagegen angegriffen und von der Unionsgerichtsbarkeit aufgehoben wird, und nun der falsche, bestandskräftige Beschluss in einem Zivilrechtsstreit fortwirken soll.⁸¹⁰ In diesem Fall sind vom Zivilgericht die Optionen Aussetzung und *EuGH*-Vorlage nach Art. 16 Abs. 1 S. 3 und 4 VO 1/2003 zu prüfen, um eine Durchbrechung der

Bestandskraft eine Bindungswirkung aus dieser Norm nicht besteht und es beim Verbot zuwiderlaufernder Beschlüsse auf der Grundlage des Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 bleibt.

⁸⁰⁷ Dazu bereits oben 3.3.3(d) (ab Seite 116) und 3.3.3(f)(ii) (ab Seite 143).

⁸⁰⁸ *Europäische Kommission*, Vorsch. Kom. DVO81/82: "*Den Erlass widersprüchlicher Entscheidungen können nationale Gerichte u.a. dadurch vermeiden, dass sie sich mit einem Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 234 EG-Vertrag an den Europäischen Gerichtshof wenden oder - in Fällen, in denen eine Kommissionsentscheidung bei einem Gemeinschaftsgericht anhängig ist - ihr Verfahren aussetzen.*"

⁸⁰⁹ Ohne Begründung, aber mit derselben Aussage *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 13, zumindest soweit das Gericht Zweifel an der Aussage der Europäischen Kommission hat. A.A. *Schneider* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 15, allerdings ohne nähere Begründung.

⁸¹⁰ S.o. 3.3.5(c) (ab Seite 151).

Bestandskraft zu erreichen oder eine etwaige Aufhebung des Beschlusses durch die Europäische Kommission abzuwarten. In der Regel wird eine teleologische Reduktion des Art. 16 Abs. 1 S. 1 AEUV dazu führen, dass dieser in solchen Fällen nicht anwendbar ist.

(f) Sonstige Aspekte

Die (primärrechtliche oder sekundärrechtliche) Zuständigkeitsverteilung begrenzt auch die Wirkung der Berücksichtigungspflicht nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003: Soweit – wie etwa für den Gesamtschuldnerausgleich auf der Grundlage von Bußgeldentscheidungen der Europäischen Kommission – eine ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Zivilgerichte besteht,⁸¹¹ kann von Einlassungen der Europäischen Kommission keine Berücksichtigungspflicht ausgehen.⁸¹²

Soweit ein nationales Gericht mit der Situation konfrontiert ist, nach nationalem Recht eine bestandskräftige (nationale) Gerichtsentscheidung berücksichtigen zu müssen, diese aber im Widerspruch zu einem Beschluss steht, gegen den nach Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 zuwiderlaufende Entscheidungen nicht zulässig sind, muss dieser Konflikt aufgelöst werden. Allerdings kann der Konflikt nicht anders aufgelöst werden als in dem Fall, in welchem die primärrechtliche Berücksichtigungspflicht bezogen auf den Beschluss der Europäischen Kommission mit der bestandskräftigen nationalen Gerichtsentscheidung um Geltung streitet, denn wenn sich letztere gegen das Primärrecht durchsetzen kann, kann sie sich auch gegen die Berücksichtigungspflicht aus Art. 16 VO 1/2003 durchsetzen. Grund hierfür ist, dass die nach nationalem Recht angeordnete Berücksichtigungspflicht von unionsrechtlichen, rechtsstaatlichen Grundsätzen mit Primärrechtsrang – wie Rechtsfrieden, Beständigkeit rechtlicher Beziehungen, geordnete Rechtspflege – geschützt wird. Damit kann sich auch auf der sekundärrechtlichen Ebene des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 eine rechtskräftige nationale gerichtliche Entscheidung durchsetzen, die im Widerspruch zu einem Beschluss der Europäischen Kommission steht. Auch hier ist im Rahmen einer Abwägungsentscheidung anhand der oben beschriebenen Maßstäbe⁸¹³ zu prüfen, inwieweit ein Ausgleich zwischen der effektiven Durchsetzung des Unionswettbewerbsrechts und den unionsrechtlichen Zielen Rechtsfrieden, Beständigkeit rechtlicher Beziehungen und geordnete Rechtspflege geschaffen werden

⁸¹¹ Auch die VO 1/2003 ändert bezüglich der Aufgabenverteilung beim Gesamtschuldnerausgleich nichts.

⁸¹² S.o. 3.3.3(c) (ab Seite 110).

⁸¹³ S.o. 3.3.5(d) (ab Seite 152).

kann. Soweit hier Zweifel bestehen, ist der *EuGH* anzurufen, was auch Art. 16 Abs. 1 S. 4 VO 1/2003 klarstellt.

(g) Zusammenfassung

Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 ordnet ein Verbot zuwiderlaufender gerichtlicher Entscheidungen an und unterliegt als Sekundärrecht denselben primärrechtlichen Grenzen, wie sie sich bereits für das primärrechtliche Berücksichtigungsgebot ergeben. Für bestenden Beschlüsse der Europäischen Kommission ist damit eine Regelung, die über die dem Primärrecht entnommenen Pflichten (Fallgruppe 1 und – im Fall fehlender Bestandskraft – Fallgruppe 2⁸¹⁴) hinausgeht, nicht festzustellen.

Soweit in der Literatur der Adressatenbezug des Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV als Hindernis für eine unmittelbare Verbindlichkeit von Beschlüssen und damit für die auf diese bezogene Berücksichtigungspflicht für die nationalen Gerichte gesehen wurde, füllt Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 diese Lücke. Da sich aber – wie dargestellt – eine entsprechende Berücksichtigungspflicht bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission bereits aus dem Primärrecht (Loyalitätsgebot im Lichte des Grundsatzes der Rechtssicherheit und der praktischen Wirksamkeit des Unionswettbewerbsrechts) herleiten lässt, stellt sich Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 für bestehende Beschlüsse der Europäischen Kommission⁸¹⁵ als weitgehend redundante Regelung dar, die im Wesentlichen klarstellende Wirkung hat.

(h) Exkurs: Vergleich von Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 und § 33b GWB und weitere Berücksichtigungspflichten nach nationalem Recht

Die Vorschrift des § 33b GWB (die im Wesentlichen § 33 Abs. 4 GWB a.F. entspricht) regelt nicht nur eine Berücksichtigungspflicht bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission, sondern auch bezogen auf Entscheidungen der deutschen und ausländischer Kartellbehörden. Dabei ist die Berücksichtigungspflicht auf bestandskräftige Verwaltungsentscheidungen (und auf die entsprechenden Verwaltungsentscheidungen bezogene, rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen) in Schadensersatzprozessen⁸¹⁶ begrenzt. § 33b GWB ordnet – wie es sich auch für das

⁸¹⁴ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

⁸¹⁵ Zu beabsichtigten Beschlüssen unten 3.4.4 (ab Seite 176).

⁸¹⁶ Kritisch zur Beschränkung auf Schadensersatzprozesse *Monopolkommission*, SG 7. GWB-Novelle, Rn. 45.

Unionsrecht ergeben hat – nach überwiegender,⁸¹⁷ vom *BGH*⁸¹⁸ bestätigter Auffassung – Feststellungswirkung an⁸¹⁹ und dies bezogen auf die tragenden Gründe.⁸²⁰

Im Rahmen des Betrachtungsgegenstands dieser Arbeit – der Zusammenarbeit zwischen deutschen Zivilgerichten und der Europäischen Kommission – weist § 33b GWB damit keinen über Art. 16 VO 1/2003 hinausgehenden Gehalt auf.⁸²¹ Entsprechend weist auch die Gesetzesbegründung zu § 33 Abs. 4 GWB a.F. im Rahmen der 7. GWB-Novelle darauf hin, dass mit Blick auf Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 die Regelung im GWB "*nur klarstellende Bedeutung*" habe.⁸²² Dies ist insoweit nur begrenzt richtig, als Art. 16 VO 1/2003 – was die Bedeutung von Beschlüssen der Europäischen Kommission angeht – über § 33b GWB hinausgeht: In Art. 16 VO 1/2003 ist das Erfordernis der Bestands- / Rechtskraft nicht ausdrücklich vorgesehen und auch andere zivilrechtliche Streitigkeiten als Schadensersatzklagen, etwa bezogen auf die Wirksamkeit von Verträgen von Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003, werden erfasst.⁸²³ Die in Bezug auf § 33 Abs. 4 GWB a.F. teils gestellte Frage der temporalen Wirkung⁸²⁴ stellt sich damit bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission nicht.⁸²⁵

Daneben kann nationales Recht weitere Berücksichtigungspflichten für Beschlüsse der Europäischen Kommission vorsehen. So regelt etwa § 21 Abs. 2 Nr. 3 GWB, dass

⁸¹⁷ *Mehrbrey/Jaeger*, WuW 2016, 488, 493; *Engelhoven/Windeler/Kremhart*, EWiR 2017, 93, 94; *Weitbrecht*, WuW 2017, 244, 245.

⁸¹⁸ *BGH*, Urt. v. 12. Juli 2016 – KZR 25/14 – Lottoblock II, juris, Rn. 12ff.

⁸¹⁹ Da sich der Wortlaut des § 33b GWB nur auf die "*Feststellung des Verstoßes*" bezieht, während Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 nach dem Wortlaut die Entscheidung als Ganzes in Bezug nimmt, ließe sich in § 33b GWB sogar ein Minus zu Art. 16 VO 1/2003 sehen; vgl. *Bechtold/Bosch*, GWB, § 33, Rn. 43; *Inderst/Thomas*, S. 108.

⁸²⁰ *Weitbrecht*, WuW 2017, 244, 245.

⁸²¹ *Emmerich in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 33, Rn. 87, § 34, Rn. 30; *Lübbing in MüKo GWB*, § 33, Rn. 109; *Imgrund*, S. 216f; *LG Köln*, Teilurteil vom 17. Januar 2013 – 88 O 1/11 – juris, Rn. 163.

⁸²² BT-Drs. 15/3640 v. 7. Juni 2004, S. 54; *Sura in Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 6.

⁸²³ *Sura in Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 8. Eine größere Untersuchung der Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB) der Entscheidungen deutscher Kartellbehörden bzw. der Entscheidungen von Kartellbehörden anderer Mitgliedstaaten findet sich bei *Imgrund*, S. 213ff, S. 237ff.

⁸²⁴ Vgl. z.B. *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 31. Juli 2013, - 6 U 51/12 – juris, Rn. 47; *LG Berlin*, Urt. v. 6. August 2013 - 16 O 193/11 Kart – juris, Rn. 45; *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 9. November 2016 – 6 U 204/15 –, NZKart 2016, 595ff *Weitbrecht*, WuW 2017, 244, 246.

⁸²⁵ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 29. Januar 2014 – VI-U (Kart) 7/13 – juris, Rn. 42; dies gilt umso mehr, als – wie vorstehend dargestellt – Art. 16 VO 1/2003 keinen über das Primärrecht hinausgehenden Gehalt hat.

"Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen ... anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren" dürfen, *"um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das ... nach einer Verfügung der Europäischen Kommission ..., die ... auf Grund der Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ergangen ist"*, nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Gemeint sind damit Beschlüsse der Europäischen Kommission nach Art. 7 VO 1/2003.⁸²⁶ Die Norm gilt allerdings schon aus deutscher Perspektive als rein deklaratorisch⁸²⁷ und bestätigt letztlich die Tatbestandswirkung der Entscheidung der Europäischen Kommission, die sowohl in Art. 16 VO 1/2003 als auch den primärrechtlichen Vorgaben ohnehin enthalten ist.

§ 33e Abs. 1 GWB beschränkt die Schadensersatzpflicht für Kronzeugen und setzt damit Art. 11 Abs. 4 i.V.m. Art. 1 Nr. 15, 19 SE-RL um.⁸²⁸ Im Fall des Kronzeugenprogramms der Europäischen Kommission erfolgt der Erlass im Beschlusswege und daher ist der entsprechende Beschluss auch bei den zivilrechtlichen Rechtsfolgen zugunsten von Kronzeugen im GWB zu berücksichtigen.⁸²⁹

Eine eigenständige Regelung enthält dagegen § 33h Abs. 6 S. 1 Nr. 2 GWB. Danach haben Maßnahmen der Europäischen Kommission in einem Kartellverfahren Bedeutung für die Verjährung eines Anspruchs nach § 33 Abs. 1 oder § 33a Abs. 1 GWB. Während nach § 33 Abs. 5 GWB a.F.⁸³⁰ insoweit nur auf die Verfahrenseinleitung durch die Europäische Kommission abzustellen war, ist nun relevant, ob die Europäische Kommission *"Maßnahmen im Hinblick auf eine Untersuchung oder auf ihr Verfahren wegen eines Verstoßes gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union"* getroffen hat.⁸³¹ Damit wollte der Gesetzgeber auch schon frühere Handlungen als die formale Einleitung des Verfahrens verjährungsrelevant machen.⁸³² Auch die Beendigung des

⁸²⁶ Bechtold/Bosch, GWB, § 21, Rn. 13.

⁸²⁷ Nothdurft in Langen/Bunte, Kartellrecht, GWB § 21, Rn. 74.

⁸²⁸ Der deutsche Gesetzgeber sieht die Privilegierung der SE-RL auf den Kronzeugen beschränkt, der sich als erster an die Behörde gewendet und daher vollständigen Bußgelderlass erhalten hat; Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7. November 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 59.

⁸²⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7. November 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 59.

⁸³⁰ Und auch nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7. November 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 21.

⁸³¹ Die Änderung erfolgte auf der Grundlage der Empfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, vgl. BT-Drs. 18/11446 v. 8. März 2017, S. 7.

⁸³² Empfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, vgl. BT-Drs. 18/11446 v. 8. März 2017, S. 29.

Verfahrens ist für den Fristablauf relevant (§ 33h Abs. 6 S. 2 GWB); nach Bestands- und Rechtskraft bleibt dem (potentiell) geschädigten ein Jahr, bevor die Hemmung endet.

§ 50 GWB regelt zwar nach seiner Überschrift den "*Vollzug des europäischen Rechts*", bezieht sich aber nur auf behördliches Handeln, nicht dagegen auf die Gerichte.⁸³³

3.4.4 Gehalt des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 bezogen auf beabsichtigte Beschlüsse der Europäischen Kommission

(a) Einführung

Nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 "*müssen es*" nationale Gerichte "*auch vermeiden, Entscheidungen zu erlassen, die einer Entscheidung zuwiderlaufen, die die Kommission in einem von ihr eingeleiteten Verfahren zu erlassen beabsichtigt*". Wie schon für S. 1 haben auch für S. 2 die Klarstellungen in S. 3 und 4 Bedeutung, dass die nationalen Gerichte prüfen können, "*ob es notwendig ist, das vor ihm anhängige Verfahren auszusetzen*", und diese "*Verpflichtung ... unbeschadet der Rechte und Pflichten nach Artikel 234 des Vertrags*" gilt.

Hier ist zunächst zu klären, in welchen Fällen die hier geregelte Berücksichtigungspflicht greifen soll. Danach wird deren Reichweite untersucht.

(b) Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigungspflicht: Verfahrenseinleitung und Absicht

(i) Verfahrenseinleitung als gesondertes Tatbestandsmerkmal

Wie bereits oben konstatiert, stellt im Rahmen des Primärrechts die Verfahrenseinleitung keinen zwingenden Ausweis einer "Absicht" der Europäischen Kommission dar, einen bestimmten Beschluss zu erlassen, sondern ist allenfalls ein Umstand, der auf eine hinreichende "Absicht" hinweist.⁸³⁴ Wie ebenfalls bereits dargestellt,⁸³⁵ hat sich der Gemeinschaftsgesetzgeber bei der Einführung der VO 1/2003 für eine positive Regelung und gegen die bloße Fortgeltung des damaligen Rechtsprechungsbestands entschieden. Der Gemeinschafts- bzw. Unionsgesetzgeber

⁸³³ Reh binder in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 50, Rn. 7.

⁸³⁴ S.o. 3.3.3(e)(iv) (ab Seite 124).

⁸³⁵ S.o. 3.4.2 (ab Seite 162).

war hier frei, wie er die Anknüpfung für die sekundärrechtliche Berücksichtigungspflicht klärt.

Art 16 Abs. 1 VO 1/2003 bezieht sich sowohl auf die Absicht der Europäischen Kommission, einen bestimmten Beschluss zu fassen, als auch auf die Einleitung eines entsprechenden Verfahrens.⁸³⁶ Zu klären ist, welche Bedeutung diese beiden Tatbestandselemente haben und wie sie zueinander stehen. In der Literatur wird teils vertreten, bereits die Verfahrenseröffnung beinhalte auch für die nationalen Gerichte die Rechtsfolge des Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003.⁸³⁷ Andere sehen getrennte Tatbestandselemente.⁸³⁸

Letztlich sprechen zwei Aspekte für die Annahme getrennter Tatbestandsmerkmale. Zum einen ist eine Verfahrenseröffnung nicht zwingend mit einer bestimmten Absicht der Europäischen Kommission verknüpft, sondern dient erst der Ermittlung des Sachverhalts, auf dessen Grundlage die Europäische Kommission über die Fassung eines Beschlusses oder die Einstellung des Verfahrens entscheidet.⁸³⁹ Zum anderen stellt schon nach dem klaren Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 die Verfahrenseröffnung jedenfalls nicht den alleinigen Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigungspflicht dar. Relevant ist vielmehr, dass die Gerichte Entscheidungen vermeiden, die "*Entscheidungen*" zuwiderlaufen, "*die die Kommission in einem von ihr eingeleiteten Verfahren zu erlassen beabsichtigt*" (Unterstreichungen nur hier). Dabei scheint die deutsche Sprachfassung davon auszugehen, dass das Berücksichtigungsgebot nur bei "*eingeleiteten Verfahren*" besteht, während sich die französische Fassung auf "*une procédure intentée par la Commission*" bezieht, also möglicherweise keine formelle Verfahrenseinleitung vorsieht.⁸⁴⁰ Allerdings wird der französische Begriff "*intenter*" im juristischen Sprachgebrauch überwiegend mit einer

⁸³⁶ Art. 2 der – auf die VO 1/2003 gestützten – VO 773/2004 der Europäischen Kommission beschreibt den Vorgang der Einleitung der in Art. 7 bis 10 VO 1/2003 dargestellten Verfahren. Hierzu ist nach Art. 2 Abs. 1 VO 773/2004 ein Beschluss erforderlich. Dieser muss "*vor der Versendung einer vorläufigen Beurteilung*" nach Art. 9 VO 1/2003, "*vor der Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte*" nach Art. 10 VO 773/2004, "*vor der Aufforderung an die Parteien, ihr Interesse an der Aufnahme von Vergleichsgesprächen zu bekunden*" (Art. 10a VO 773/2004) "*oder vor dem Datum der Veröffentlichung einer Mitteilung*" gemäß Art. 27 Abs. 4 VO 1/2003 (Mitteilung der Absicht eine Entscheidung nach Art. 9 oder 10 VO 1/2003 zu erlassen) ergehen, "*je nachdem, welche Handlung früher stattfindet.*"

⁸³⁷ *Schneider* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 14, sieht in der Verfahrenseröffnung gleichzeitig den Ausdruck der Absicht, eine Entscheidung zu erlassen.

⁸³⁸ *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 12, sowie *Dividier*, S. 487f.

⁸³⁹ S.o. 3.3.3(e)(iv) (ab Seite 124).

⁸⁴⁰ "*intenter*" kann auch "*anstreben*" bedeuten, vgl. den Begriff "*intenter*" bei *Potonnier*.

formellen Verfahrenseinleitung im Sinne von "*Klage erheben*", "*Verfahren anhängig machen*" in Zusammenhang gebracht.⁸⁴¹ Dieses Wortverständnis wird vorliegend nicht nur von der deutschen Sprachfassung, sondern auch von der englischen Sprachfassung von Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 gestützt ("*the Commission in proceedings it has initiated*"). Die Verfahrenseinleitung ist damit auch nach dem Wortlaut notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für eine Berücksichtigungspflicht für die nationalen Gerichte auf der Grundlage von Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003.⁸⁴²

(ii) Absicht

(A) Wortlaut

Es ist gesetzlich nicht ausdrücklich definiert, wann von einer hinreichenden Absicht der Europäischen Kommission, einen Beschluss zu Lasten von (potentiellen) Tätern i.S.d. Art. 101 oder Art. 102 AEUV zu erlassen, auszugehen ist. Was mit Begriff "Absicht" gemeint ist, ist – wie auch schon in der Rechtsprechung des *EuGH*⁸⁴³ – nach dem Wortlaut der VO 1/2003 nicht klar. Der Unionsgesetzgeber hat sich in der deutschen Fassung des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 für diesen Begriff "Absicht" entschieden, der sich auch in den deutschen Fassungen der Entscheidungen *Delimitis/Henninger Bräu* sowie *Masterfoods* findet. Die französische Fassung der VO 1/2003 verwendet Begriff "*intenter*", weicht also von den genannten Urteilen ("*envisagées*") ab, während sich die englische Fassung ("*contemplated*") der VO 1/2003 zumindest an der Formulierung in der englischen Fassung der *Masterfoods*-Entscheidung orientiert. Die Europäische Kommission nutzt in der BZKG101/102⁸⁴⁴ in Bezug auf Art. 16 VO 1/2003 die Begriffe "*in Erwägung gezogenen*" / "*envisagée*" / "*contemplated*".

Es bleibt damit offen, ob der Gemeinschaftsgesetzgeber die Sprachwahl des *EuGH* übernehmen oder einer andere Regelung treffen wollte. Tatsächlich ist er in der deutschen und englischen Fassung bei der Sprachwahl des *EuGH* geblieben, während er in der französischen Fassung – d.h. in der Arbeitssprache des *EuGH* – für die VO 1/2003 einen anderen Begriff gewählt hat.

⁸⁴¹ Vgl. den Begriff "*intenter*" bei *Potonnier* und *Doucet*.

⁸⁴² So im Ergebnis auch *Imgrund*, S. 192; *Klees*, § 8, Rn. 123ff., sowie *Schütz* in *KöKo Kartellrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 4.

⁸⁴³ S.o. 3.3.3(e) (ab Seite 119).

⁸⁴⁴ BZKG101/102, Rn. 12.

(B) Systematische Betrachtung

Für die Bindenderklärung nach Art. 9 VO 1/2003 sowie die Positiventscheidungen nach Art. 10 VO 1/2003 sieht Art. 27 Abs. 4 VO 1/2003 vor, dass mit Festliegen der Absicht der Europäischen Kommission, eine solche Entscheidung zu erlassen, eine Veröffentlichung zum Zweck der Stellungnahme Dritter erforderlich ist. Hieraus ist abzuleiten, dass spätestens mit einer solchen Veröffentlichung eine ausreichende Absicht i.S.d. Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 vorliegt.⁸⁴⁵ Dies klärt aber nicht, wann in sonstigen Fällen von einer Absicht auszugehen ist.

Teilweise wird angenommen, dass eine einstweilige Anordnung i.S.d. Art. 8 VO 1/2003 als Ausweis der Absicht, eine Entscheidung erlassen zu wollen i.S.d. Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 verstanden werden kann.⁸⁴⁶ Doch dies greift zu kurz, denn eine solche einstweilige Anordnung basiert nur auf vorläufigen Sachverhaltsfeststellungen. Ein bestimmter endgültiger Verfahrensabschluss auf dieser Grundlage ist gerade nicht sicher. Die Systematik der VO 1/2003 lässt also auch unter diesem Blickwinkel keinen sicheren Schluss auf das Vorliegen einer "Absicht" zu.

Allgemein legt es allerdings das vom Unionsgesetzgeber vorgegebene Doppelkriterium – Verfahrenseröffnung und Absicht – nahe, dass mehr als ein vages Erwägen vorliegen muss, um den Anwendungsbereich des Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 zu eröffnen. Wie auch im Primärrecht kann damit die Verfahrenseröffnung nur ein relevantes Indiz für eine für die Berücksichtigungspflicht hinreichende "Absicht" darstellen, aber nicht zwingender Ausweis des Vorliegens einer solchen "Absicht" sein.

Letztlich ist festzustellen, dass auch in der VO 1/2003 der Begriff der "Absicht" vage bleibt. Es ist nicht festzustellen, dass ihm eine andere Qualität zukommen soll als der "Absicht", die für die primärrechtliche Betrachtung herangezogen wird. Insoweit kann auf die Ausführungen dort verwiesen werden.⁸⁴⁷

⁸⁴⁵ So auch *Imgrund*, S. 192.

⁸⁴⁶ *Imgrund*, S. 139.

⁸⁴⁷ S.o. 3.3.3(e) (ab Seite 119).

(c) Reichweite der Berücksichtigungspflicht nach
Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003

(A) *Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen*

Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 verbietet für beabsichtigte Beschlüsse – wie schon S. 1 für bestehende Beschlüsse – ein Zuwiderlaufen von Entscheidungen der nationalen Gerichte. Damit geht die Norm zwar insoweit über das Primärrecht hinaus, als dieses für noch nicht gefasste Beschlüsse keine Verbindlichkeit i.S.d. Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV vorgibt, entspricht aber dem auf der Grundlage des Loyalitätsgebots im Lichte des Grundsatzes der Rechtssicherheit und der praktischen Wirksamkeit des Unionswettbewerbsrechts gefundenen Ergebnis.

Grundsätzlich gilt zudem, dass die Berücksichtigungspflicht nach Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 ebenso durch primärrechtliche Grenzen beschränkt ist, wie die Berücksichtigungspflicht für bereits bestehende Beschlüsse. Allerdings sind, gerade weil die Beschlüsse nur beabsichtigt sind, die oben geprüften Elemente hier modifiziert zu betrachten.

(B) *Sachverhaltsidentität*

Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 setzt für eine Berücksichtigungspflicht bezogen auf *bestehende* Beschlüsse der Europäischen Kommission Sachverhaltsidentität voraus. Bezogen auf nur beabsichtigte, aber noch nicht vorliegende Beschlüsse der Europäischen Kommission fehlt diese Klarstellung zwar in der VO 1/2003. Es ist allerdings nicht vorstellbar, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Berücksichtigungspflicht bezogen auf nur beabsichtigte Beschlüsse weiter fassen wollte als die bezogen auf bereits vorliegende Beschlüsse. Zudem erfasst die primärrechtliche Beschränkung auf (beabsichtigte) sachverhaltsidentische Beschlüsse⁸⁴⁸ auch das Sekundärrecht an dieser Stelle. Insoweit gilt auch für nur beabsichtigte Beschlüsse, dass eine Berücksichtigungspflicht i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen nur dann besteht, wenn sich der beabsichtigte Beschluss der Europäischen Kommission auf denselben Sachverhalt bezieht.

(C) *Fehlen eines angreifbaren Beschlusses*

Für bestehende Beschlüsse ist – wie dargestellt – die (gesonderte) Angreifbarkeit des relevanten Beschlusses durch die belastete Partei des Zivilrechtsstreits von besonderer

⁸⁴⁸ S.o. 3.3.3(b) (ab Seite 108).

Bedeutung. Ein nur beabsichtigter Beschluss ist jedoch mangels Existenz vor den Unionsgerichten nicht angreifbar. Auch bleibt bei nur beabsichtigten Beschlüssen in der Regel offen, was die Europäische Kommission als Regelung in den anstehenden Beschluss aufnehmen wird und was nur in die (nicht gesondert angreifbaren) Gründe oder Wertungen einfließen wird.⁸⁴⁹

Insoweit kann auf die Überlegungen zurückgegriffen werden, die oben unter dem Primärrecht für nicht-bestandskräftige und lediglich beabsichtigte Beschlüsse aufgestellt wurden.⁸⁵⁰ Auch hier ist danach zu berücksichtigen, dass auch Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 nur das Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen und gerade keine Bindungswirkung im engeren Sinne anordnet und die Gerichte also im Übrigen in der Wahl ihrer Maßnahmen frei sind, wobei sie das Spannungsverhältnis zwischen Berücksichtigungspflicht und dem Risiko auflösen müssen, dass die Europäische Kommission den zunächst beabsichtigten Beschluss nicht oder nicht so fasst. Insoweit können die nationalen Gerichte dem projizierten Beschluss der Europäischen Kommission folgen, müssen dabei allerdings den Sachverhalt selbst ermitteln und eine eigene Bewertung einstellen, was im Instanzenzug überprüfbar bleibt.

Wollen die nationalen Gerichte dagegen dem projizierten Beschluss der Europäischen Kommission nicht folgen, müssen sie – wie bei nicht-bestandskräftigen Beschlüssen, denen sie nicht folgen wollen – in der Regel auf eine Aussetzung zurückgreifen. Unter dem Regime der VO 17 hatte der *EuGH* den nationalen Gerichten in Abwesenheit einer Entscheidung der Europäischen Kommission die Freiheit belassen, zumindest dann autonom im Rahmen des Art. 85 EWG (heute Art. 101 AEUV) zu entscheiden, wenn *"das Kartell entweder keine spürbaren Wirkungen auf den freien Wettbewerb oder den Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten äußert oder seine Unvereinbarkeit mit Artikel 85 außer Zweifel steht."*⁸⁵¹ Im Anwendungsbereich des Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 gibt es diese Freiheit nicht mehr. Denn die Europäische Kommission wird sich in der zu erwartenden Entscheidung – soweit sie unter Art. 101 AEUV ergeht – mit Fragen der Spürbarkeit, der Zwischenstaatlichkeit sowie der Vereinbarkeit des betrachteten

⁸⁴⁹ Seit der Novelle der BZKG101/102 im Jahr 2015 möchte die Europäische Kommission bestimmte Informationen (in Schadensersatzverfahren prinzipiell, in anderen Verfahren grundsätzlich) nur noch nach Verfahrensabschluss übermitteln (Rn. 26b).

⁸⁵⁰ S.o. 3.3.3(d) (ab Seite 116) und 3.3.3(f) (ab Seite 135).

⁸⁵¹ *EuGH*, Urt. v. 6. Februar 1973 – 48/72, ECLI:EU:C:1973:11 – Brasserie de Haecht, Rn. 9 bis 13; *EuGH*, Urt. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 – Delimitis / Henninger Bräu, Rn. 49ff, mit ähnlicher Aussage.

Handelns mit Art. 101 AEUV auseinandersetzen. Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 differenziert – ebenso wie die *Masterfoods*-Rechtsprechung zum Primärrecht⁸⁵² – nach diesen Aspekten nicht (mehr).

3.4.5 Gesamtschau

In der Gesamtschau ergibt sich damit das – von einigen Autoren in der Literatur bestätigte⁸⁵³ – Bild, dass sich aus Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 durch die primärrechtlich gezogenen Grenzen keine weitergehende Berücksichtigungspflicht ergibt als aus dem Primärrecht.

Für bestehende Beschlüsse wird das Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen angeordnet, wobei sich der Umgang unterscheidet, ob der Beschluss bestandskräftig ist (Fallgruppe 1⁸⁵⁴) oder noch nicht (Fallgruppe 2).

Die Problematik, ob bei nur anstehenden Beschlüssen überhaupt eine hinreichende Absicht vorliegt, entspricht im Wesentlichen der des Primärrechts. Grundsätzlich kann hier auf die in Fallgruppe 4 zusammengefassten Ergebnisse für das Primärrecht zurückgegriffen werden. Zusätzlich zur hinreichenden Absicht muss für die Anwendung des Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 aber noch die Verfahrenseröffnung vorliegen. Dies ist letztendlich aber irrelevant, da für die primärrechtliche Pflicht schon hinreichende Absicht ausreichend ist, um eine maßgebliche Berücksichtigungspflicht (Fallgruppe 4) auszulösen. Die sekundärrechtliche Regelung erweist sich damit hier eher als Hindernis denn als Vorteil für die effektive Durchsetzung des Unionsrechts. Gleiches gilt für Beschlüsse der Fallgruppe 3 (Beschlüsse, denen nur Orientierungsfunktion zukommt), denn diese werden von Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 nicht erfasst, weshalb hier ausschließlich auf das Primärrecht zurückzugreifen ist.

⁸⁵² *EuGH*, Urt. v. 14. Dezember 2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 – *Masterfoods*, Rn. 52.

⁸⁵³ S.o. Fn. 755 bis 757 (Seite 162) sowie Fn. 765 (Seite 163).

⁸⁵⁴ Zu dem Fallgruppen s.o. S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

3.5 Anwendung der Berücksichtigungspflicht auf die verschiedenen Beschlussarten im Kartellrecht

3.5.1 Einführung

In diesem Abschnitt wird untersucht, ob sich für die einzelnen Beschlussarten der Europäischen Kommission im EU-Kartellrecht auf der Basis des Vorstehenden Besonderheiten ergeben.

3.5.2 Anordnung der Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV

Nach Art. 7 VO 1/2003 kann die Europäische Kommission "*auf eine Beschwerde hin oder von Amts wegen*" Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen, und Abhilfemaßnahmen vorschreiben. Soweit die Europäische Kommission "*ein berechtigtes Interesse*" hat, kann sie auch eine Zuwiderhandlung feststellen, nachdem diese beendet ist.

Diese Beschlussform stand im Fokus der Rechtsprechung des *EuGH*, der Entwicklung des Art. 16 VO 1/2003 und der Befassung der Literatur.⁸⁵⁵ Daher sind die oben beschriebenen Überlegungen für bestehende und beabsichtigte Beschlüsse ohne weiteres anzuwenden.

3.5.3 Beschlüsse im Bußgeldverfahren nach Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 und Zwangsgeld nach Art. 24 VO 1/2003

Mitunter wird in der Literatur vertreten, die Bußgeld- und Zwangsgeldentscheidungen in Art. 23 und 24 VO 1/2003 fielen nicht unter Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003.⁸⁵⁶ Gleichmaßen könnte man sich Gedanken machen, ob bezogen auf solche Beschlüsse wirklich eine primärrechtliche Berücksichtigungspflicht besteht.

Soweit sich der Regelungsgehalt einer solchen Entscheidung tatsächlich nur auf die Auferlegung der Zahlung einer Geldsumme erstreckte, könnte die Pflicht zur Berücksichtigung für die nationalen Gerichten hierauf beschränkt sein; eine Bedeutung käme solchen Beschlüssen damit nur zu, wenn die nationalen Gerichte Entscheidungen zu diesem Bußgeld trafen, etwa über den Ausgleich zwischen als Gesamtschuldner

⁸⁵⁵ So auch *Rummel/Weck*, ZWeR 2017, 166, 181.

⁸⁵⁶ *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5.

verpflichteten Kartelltätern.⁸⁵⁷ Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass der operative Teil der Bußgeldentscheidung weiter verstanden werden kann, denn Art. 23 Abs. 2 S. 1 lit. a VO 1/2003 formuliert, dass die Europäische Kommission "*gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbußen verhängen*", kann "*wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig ... gegen Artikel 81 oder Artikel 82 des Vertrags verstoßen*".⁸⁵⁸ Da hier – wie in Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 – der Begriff "*Entscheidung*" und das primärrechtliche Kartellrecht (heute Art. 101, 102 AEUV) als Entscheidungsgegenstand aufgegriffen sind, spricht viel dafür, dass oben zu Art. 7 VO 1/2003 angestellten Überlegungen auch für Beschlüsse nach Art. 23 Abs. 2 S. 1 lit. a VO 1/2003 gelten.⁸⁵⁹ Soweit mit Bußgeldentscheidungen allerdings Verstöße gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV geahndet werden, sind diese in der Regel ohnehin mit einem feststellenden operativen Teil i.S.d. Art. 7 VO 1/2003 verbunden, so dass die Frage weitgehend theoretischer Natur ist.⁸⁶⁰

Gleiches gilt für beabsichtigte Bußgeldentscheidungen. In Bußgeldverfahren ist allerdings in jedem Fall die Frist für die Verfolgungsverjährung nach Art. 25 VO 1/2003 zu beachten, welche auch die Beurteilung beeinflussen, wann nicht mehr von einer angemessenen Verfahrensfrist auszugehen ist.⁸⁶¹

Fraglich ist, ob der Grundsatz "*ne bis in idem*", der schon vor Einführung der ChartaGR als Teil der Unionsrechtsordnung galt⁸⁶² und nun auch in Art. 50 ChartaGR niedergelegt ist, einer Pflicht der nationalen Gerichte zur Berücksichtigung einer Bußgeldentscheidung der Europäischen Kommission entgegenstehen kann. Allerdings geht es bei diesem Grundsatz nicht um die Frage einer gegenseitigen Beeinflussung von Entscheidungen zu selben Sache, sondern um die Frage, ob zur selben Sache zwei

⁸⁵⁷ S.o. 3.3.3(c) (ab Seite 110).

⁸⁵⁸ Ebenso *Divivier*, S. 454f.

⁸⁵⁹ Ähnlich *Becker/Vollrath* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 20. Für eine Anwendung von Art. 16 Abs. 1 auf Bußgeldentscheidungen der Europäischen Kommission ohne nähere Begründung *O. Weber* in *Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5, *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 33, Rn. 87; *Ritter* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), VO 1/2003 Art. 16, Rn. 3, *Schmidt* in *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 15 Rn. 22.

⁸⁶⁰ *Schneider* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 8; *Inderst/Thomas*, S. 106; *Imgrund*, S. 162.

⁸⁶¹ *EuG*, Urt. v. 27. Juni 2012 – T-372/10, ECLI:EU:T:2012:325 – *Bolloré*, Rn. 116f. Vgl. dazu schon *Brenner*, WRP 2010, 357, 360.

⁸⁶² *EuG*, Urt. v. 9. Juli 2003 – T-224/00, ECLI:EU:T:2003:195 – *Archer Daniels Midland Company und Archer Daniels Midland Ingredients Ltd gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rn. 85.

Entscheidungen getroffen werden dürfen.⁸⁶³ Ausgangspunkt ist, dass auch ein Bußgeld nach der VO 1/2003 als "Strafe" gilt, auf welches der Grundsatz "*ne bis in idem*" anwendbar ist, womit eine weitere Bestrafung für dieselbe Tat im Grundsatz ausgeschlossen ist.⁸⁶⁴ Soweit das relevante Zivilverfahrensrecht etwa einen Schadensersatzanspruch kennt, der Strafcharakter hat, kann dies bereits auf der Ebene des materiellen (nationalen) Rechts ein Zusprechen dieses Anspruchs verhindern.⁸⁶⁵ Soweit allerdings – wie etwa in Deutschland, auch auf der Grundlage der SE-RL – dem zivilen Schadensersatzrecht eine solche Funktion nicht zukommt, es vielmehr im Wesentlichen nicht tat- sondern kompensationsbezogen⁸⁶⁶ und es mithin auch im weiteren Sinn nicht als Strafrecht zu werten ist, greift der Grundsatz des "*ne bis in idem*" nicht.⁸⁶⁷ Der Grundsatz gebietet dann auch keine (Schadensersatz ausschließende oder vermindernde) Berücksichtigung eines bußgeldrechtlichen Beschlusses der Europäischen Kommission in einem Zivilverfahren. Dies gilt umso mehr, als das EU-kartellrechtliche Bußgeldrecht dem öffentlichen Interesse des Funktionierens des Binnenmarktes dient, während ein auf reine Kompensation ausgerichtetes System des Schadensersatzrechts die Interessen des Einzelnen schützt.⁸⁶⁸ Ein Nebeneinander von Bußgeldbeschluss der Europäischen Kommission und zivilrechtlicher Schadensersatzentscheidungen der nationalen Zivilgerichte ist mithin möglich. Wenn damit aber der Grundsatz "*ne bis in idem*" dieses Nebeneinander nicht verbietet, ist nicht zu erkennen, warum er die festgestellte Berücksichtigungspflicht nationaler

⁸⁶³ Unterschieden wird zwischen Doppelbestrafung (keine erneute Bestrafung für die selbe Tat) und Doppelverfolgung (keine erneute Verfolgung der selben Tat), *Poelzig/Baumeister*, NZKart 2017, 491, 492.

⁸⁶⁴ *EuGH*, Urt. v. 14. Februar 2012 - C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72 – Toshiba, Rn. 93ff; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 28. Januar 2010 – C-526/08, ECLI:EU:C:2010:49 – Europäische Kommission gegen Großherzogtum Luxemburg, Rn. 32; *Poelzig/Baumeister*, NZKart 2017, 491, 492ff.

⁸⁶⁵ *High Court of Justice London*, Urt. v. 19. Oktober 2007 – (2007) EWHC 2394 (Ch) – juris.

⁸⁶⁶ Vgl. *EGMR*, Urt. v. 23. Juli 2002 – 36985/97 – Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden, Rn. 79; Urt. v. 4. März 2014 – 18640/10 – Grande Stevens v. Italy, Rn. 95,96.

⁸⁶⁷ *Poelzig/Baumeister*, NZKart 2017, 491, 492ff, die u.a. zu dem Ergebnis kommen, dass die Gefahr der Verurteilung zu Schadensersatzbeträgen, die dem tatsächlich entstandenen Schaden überschreiten, im Fall nicht-erfolgreicher *passing on*-defense, durch die Möglichkeit der Schadensvermutung und –schätzung sowie die Verzinsungsregelungen nicht den Charakter des (deutschen) Kartellschadensersatzrechts hin zu einem Strafschadensersatz i.S.d. *ne bis in idem*-Grundsatzes verändern.

⁸⁶⁸ Der *EuGH* hatte schon bei der Ahndung von Kartelltaten nach EU-Recht durch die Europäische Kommission und nach nationalem Recht durch die Behörden der Mitgliedstaaten den Grundsatz "*ne bis in idem*" nicht anwenden wollen; *EuG*, Urt. v. 9. Juli 2003 – T-224/00, ECLI:EU:T:2003:195 – Archer Daniels Midland Company und Archer Daniels Midland Ingredients Ltd gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rn. 87; *EuGH*, Urt. v. 14. Februar 2012 - C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72 – Toshiba, Rn. 93ff; *Sura in Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 23, Rn. 70.

Zivilgerichte bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission einschränken sollte.

Poelzig und *Baumeister* haben untersucht, ob – wenn schon nicht aus dem Grundsatz "*ne bis in idem*" – nicht zumindest aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Pflicht der nationalen Zivilgerichte besteht, ein bereits behördlich auferlegtes Bußgeld bei der Bemessung des Schadensersatzes zu berücksichtigen.⁸⁶⁹ Dabei sehen sie hierfür bezogen auf Bußgeldentscheidungen der Europäischen Kommission *de lege lata* keine Möglichkeit. Sie argumentieren richtig, dass Art. 3 Abs. 1 SE-RL den "*vollständigen Ersatz*" eines Kartellschadens zusichert. Sie halten es für sinnvoll (*de lege ferenda*) einen Rückerstattungsanspruch gegenüber der EU ähnlich § 34 Abs. 2 S. 2 GWB auf EU-Ebene vorzusehen, wenn die Europäische Kommission bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt hat, dass keine Schadensersatzzahlungen geleistet wurden, später aber (ggf. aufgrund von Urteilen von Zivilgerichten) erfolgen. Dies ändert aber nichts daran, dass mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 SE-RL der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Zivilgerichte in einem follow-on-Prozess nicht zu einer Berücksichtigung eines Bußgeldes der Europäischen Kommission bei der Bemessung des Schadensersatz führen kann.

Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 setzt nach seinem Wortlaut die Anwendung von Art. 101 bzw. 102 AEUV für eine Berücksichtigungspflicht voraus. Dieses Tatbestandsmerkmal lässt damit die Anwendbarkeit von Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 ausscheiden, wenn ein Buß- oder Zwangsgeld für einen Verstoß prozeduraler Regelungen der VO 1/2003 verhängt wird. Eine Berücksichtigungspflicht gibt es dann ausschließlich nach Primärrecht, wobei es allenfalls in Ausnahmefällen dazu kommen wird, dass ein nationales Zivilgericht mit Bezug auf solche prozeduralen Regeln entscheiden wird.

3.5.4 Beschlüsse im Settlement-Verfahren

Im Bereich von Entscheidungen nach Art. 101 AEUV wurde (bereits für den Art. 81 EGV) das sogenannte Settlement-Verfahren eingeführt. Dieses in Art. 10a VO 774/2004 geregelte Verfahren setzt die Bereitschaft einer Partei eines Kartellverfahrens voraus, "*ihre Teilnahme an einem gegen*" Art. 101 AEUV "*verstößendes Kartell und ihre Haftbarkeit hinsichtlich ihrer Teilnahme einzuräumen, wenn*" es "*die Untersuchungsergebnisse der Kommission hinsichtlich ihrer Teilnahme an der Zuwiderhandlung und der Höhe der möglichen Geldbußen hinreichend sicher*

⁸⁶⁹ *Poelzig/Baumeister*, NZKart 2017, 568ff, insbes. 573.

voraussehen und ihnen zustimmen" kann.⁸⁷⁰ Das Vorgehen nach Art. 10a VO 773/2004 soll *"es der Kommission ... ermöglichen, Kartellfälle schneller und effizienter zu bearbeiten"*⁸⁷¹ und kann zu einer Bußgeldreduktion führen, endet aber auch mit einem Beschluss nach Art. 7 und / oder 23 VO 1/2003 (Art. 10a Abs. 3 S. 2 VO 773/2004).

Die Besonderheit des Settlement-Verfahrens liegt in der Vereinfachung des Verfahrens für die Europäische Kommission und – im Fall einer Bußgeldentscheidung – in der Reduktion des Bußgelds. Auch der Umfang der Entscheidung ist im Vergleich zu Beschlüssen im normalen Verfahren i.d.R. knapper. Dennoch enthalten die Beschlüsse in der Regel die Feststellung eines Kartellverstößes und dies basierend auf einem Schuldeingeständnis des Täterunternehmens.

Es ist aus dem Wortlaut der VO 1/2003 (welche das Settlement-Verfahren nicht erwähnt), der VO 773/2004 (welche das Settlement-Verfahren regelt) und der VO 622/2008 (mit der das Settlement-Verfahren eingeführt wurde) nichts ersichtlich, warum ein im Settlement-Verfahren getroffener Beschluss hinsichtlich der Berücksichtigungspflicht anders zu behandeln wäre als Beschlüsse auf der Grundlage normaler Verfahren.⁸⁷² Art. 10a Abs. 3 S. 2 VO 773/2004 sieht vielmehr (auch) eine *"Entscheidung"* (heute: Beschluss) nach Art. 7 oder 23 VO 1/2003 vor. Hieran ändert auch nichts, dass die Europäische Kommission nach der Settlement-Mitteilung (Rn. 39) die Vergleichsausführungen auch den mitgliedstaatlichen Gerichten i.d.R. nicht offenlegen möchte.⁸⁷³

3.5.5 Bindenderklärung von Verpflichtungszusagen

(a) Einleitung

Art. 9 VO 1/2003 regelt die von der Europäischen Kommission oft genutzte⁸⁷⁴ Befugnis, eine *"Entscheidung"* (heute: Beschluss) zur Abstellung einer Zuwiderhandlung auf der Grundlage von Verpflichtungszusagen der *"beteiligten Unternehmen"* zu erlassen, die diese vor dem Hintergrund von *"Bedenken"* der Europäischen Kommission aufgrund deren *"vorläufiger Beurteilung"* abgeben. Der Beschluss muss besagen, dass für ein

⁸⁷⁰ VO 622/2008, Erwägungsgrund (2).

⁸⁷¹ VO 622/2008, Erwägungsgrund (4).

⁸⁷² *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 31. Juli 2013, - 6 U 51/12 – juris, Rn. 47.

⁸⁷³ So im Ergebnis auch Imgrund, S. 163f. Auch *Divivier*, S. 461, sieht in Settlement-Entscheidungen solche i.S.d. Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003.

⁸⁷⁴ *Hartlieb*, NZKart 2017, 458.

Tätigwerden der Europäischen Kommission kein Anlass mehr besteht. Allerdings soll die Europäische Kommission das Verfahren wieder aufnehmen können, wenn sich die Verhältnisse wesentlich geändert haben, die zugesagten und auferlegten Verpflichtungen nicht eingehalten werden oder der Beschluss auf unvollständigen, unrichtigen oder irreführenden Angaben der Parteien beruht.

Der tenorierte Erklärungsgehalt eines Beschlusses gem. Art. 9 VO 1/2003 konzentriert sich auf die Bindenderklärung der von den Unternehmen abgegebenen Zusagen sowie die Aussage, dass für ein Tätigwerden der Europäischen Kommission kein Anlass mehr besteht. Dabei sollte dies – wie in den Erwägungsgründen der VO 1/2003 hervorgehoben wird⁸⁷⁵ – festgestellt werden, "[o]hne die Frage zu beantworten, ob eine Zuwiderhandlung vorgelegen hat oder noch vorliegt".

Die Erwägungsgründe⁸⁷⁶ heben hervor, dass solche Beschlüsse "*nicht die Befugnis der Gerichte*" berühren, Art. 101, 102 AEUV anzuwenden bzw. "*die Befugnisse ... der Gerichte der Mitgliedstaaten*" unberührt lassen, "*das Vorliegen einer Zuwiderhandlung festzustellen und über den Fall zu entscheiden*".⁸⁷⁷ Hieraus wird in der Literatur teilweise abgeleitet, dass Beschlüssen nach Art. 9 VO 1/2003 keinerlei Bindungswirkung zukommt.⁸⁷⁸

Auch wenn dies naheliegt, ist die Frage dennoch umstritten⁸⁷⁹ und gerichtlich noch nicht abschließend geklärt, auch nicht in der jüngeren *Gasorba*-Entscheidung.⁸⁸⁰ Zwar

⁸⁷⁵ VO 1/2003, Erwägungsgrund (13).

⁸⁷⁶ VO 1/2003, Erwägungsgründe (13), (22).

⁸⁷⁷ Ebenso, wenn auch für mitgliedstaatliche Verfahren, *Europäische Kommission*, Entwurf RL ECN+, S. 31, Erwägungsgrund (28).

⁸⁷⁸ *Becker*, NZKart 2016, 58; *Klees*, § 8, Rn. 110; *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 9; *Schneider* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 8; *Bechtold/Bosch/Brinker*, *EU-Kartellrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5; *Schütz* in *KöKo Kartellrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 3; *Becker/Vollrath* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, *Europäisches Unionsrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 17; *Kreße*, WRP 2014, 1261, 1265ff; *Kreße*, WRP 2016, 567; *Schmidt* in *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 15 Rn. 20. Ähnlich *Bartels*, S. 178f, der sich allerdings auf eine Äußerung eines Spitzenbeamten der Europäischen Kommission bei einer Tagung im Mai 2003 bezieht.

⁸⁷⁹ Vgl. etwa *Hartlieb*, NZKart 2017, 458ff, oder *Imgrund*, S. 148, dieser unter Berufung auf *Ritter* in *Immenga/Mestmäcker*, *EG-Wettbewerbsrecht* (Band 2), VO 1/2003 Art. 9, Rn. 21.

⁸⁸⁰ *Hartlieb*, NZKart 2017, 458. Die GA *Kokott* teilt in *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – *Gasorba*, Rn. 1, 4, diese Auffassung der fehlenden gerichtlichen Klärung, weist aber darauf hin, dass sich der EuGH in eben diesem Fall zu der Thematik äußern könnte. Der *EuGH* hat in der selben Sache (Urt. v. 23. November 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:891 – *Gasorba*), wie im Folgenden gezeigt wird, nur begrenzt zu einer Klärung beigetragen.

scheinen die zitierten Erwägungsgründe eindeutig gegen eine Berücksichtigungspflicht zu sprechen. Allerdings kommt ihnen nur die Funktion einer Auslegungshilfe, nicht aber einer eigenständigen Regelung zu.⁸⁸¹ Zudem differenziert Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 nicht nach Art der Beschlüsse,⁸⁸² könnte also Beschlüsse nach Art. 9 VO 1/2003 mit erfassen.⁸⁸³ Schließlich lässt sich ohne nähere Untersuchung nicht bewerten, ob sich das oben gefundene Ergebnis zur Berücksichtigungspflicht nach Primärrecht⁸⁸⁴ auf solche Beschlüsse anwenden lässt. Daher wird der Thematik im Folgenden nachgegangen. Dabei wird unterschieden nach einer Berücksichtigungspflicht bezogen auf die unionskartellrechtlichen Wertungen der Europäischen Kommission und bezogen auf die Zusagen selbst.

(b) Kartellrechtliche Beurteilung der Umstände vor Durchführung der Verpflichtungszusagen

Aus der Perspektive der Europäischen Kommission ist eine Zusageentscheidung Ausweis des Vorliegens eines "*schlüssigen Falls*"; hieraus lässt sich ableiten, dass die Europäische Kommission bei einer solchen Entscheidung "*regelmäßig von einem tatsächlichen Kartellverstoß des Adressaten ausgeht*".⁸⁸⁵ Insoweit läge die Annahme nicht ferne, dass bezogen auf die Feststellungen und Wertungen der Europäischen Kommission in solchen Beschlüssen eine Berücksichtigungspflicht ausgeht, gerade weil sie tragend für die Regelung – die Bindenderklärung der Zusagen – sind.

Die Aussage, dass die Europäische Kommission für die Zwecke eines Beschlusses nach Art. 9 VO 1/2003 von einem Kartellverstoß ausgeht, beschreibt aber letztlich nur die Selbstverständlichkeit, dass die Europäische Kommission beim Erlass der Zusageentscheidung von deren Notwendigkeit überzeugt ist. Wäre sie hiervon nicht überzeugt, dürfte nicht einmal die Zusageentscheidung selbst ergehen. Entscheidend ist, dass der Bindenderklärung von Verpflichtungszusagen gerade kein abschließender

⁸⁸¹ *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2009 – C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359 – *Inspecteur van de Belastingdienst*, Rn. 31; *Klimas/Vaiciukaite*, S. S. 25ff B./C.32f, VII. A)/C); *Klimas/Vaiciukaite*, S. 31f, kommen in ihrer Untersuchung sogar zu dem Ergebnis: "... that recitals in EC law do not create legitimate expectations."

⁸⁸² *EuGH*, Urt. v. 14. Februar 2012 – C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72 – *Toshiba*, Rn. 87, hebt – allerdings zu Art. 16 Abs. 2 VO 1/2003 – hervor, dass sich die Vorschrift auf "*alle denkbaren Entscheidungen, die die Kommission auf der Grundlage der Verordnung Nr. 1/2003 getroffen haben kann*", bezieht. Dies bekräftigen *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – *Gasorba*, Rn. 29.

⁸⁸³ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – *Gasorba*, Rn. 29.

⁸⁸⁴ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

⁸⁸⁵ *Becker*, NZKart 2016, S. 58, 61.

Erklärungsgehalt hinsichtlich der kartellrechtlichen Bewertung des von der Europäischen Kommission untersuchten Verhaltens zukommt, was die Zeit vor Abgabe bzw. Durchführung der von den Unternehmen abgegebenen und von der Europäischen Kommission für bindend erklärten Zusagen betrifft.⁸⁸⁶ Denn für diese Zeit gibt die Europäische Kommission in dem Beschluss (entsprechend Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003) nur "*Bedenken*" bekannt, die sich aus einer nur "*vorläufigen*" Beurteilung ergeben haben. Dem Verfahren von Art. 9 VO 1/2003 ist es zudem inhärent, dass die Europäische Kommission gerade auf eine abschließende Feststellung der einschlägigen Tatsachen verzichtet und "*keine endgültige Aussage darüber trifft, ob ein Kartellverstoß vorlag oder nicht*".⁸⁸⁷ Vor diesem Hintergrund sprechen auch die überwiegenden Gründe dafür, dass von Sachverhaltsfeststellungen der Europäischen Kommission in einem Beschluss nach Art. 9 VO 1/2003 keine berücksichtigungsfähige Wirkung i.S.d. Fallgruppen 1 und 2 ausgeht,⁸⁸⁸ aber aufgrund der im Beschluss manifestierten, ernsthaften Befassung der Europäischen Kommission mit der Angelegenheit eine Befassungspflicht i.S.d. Fallgruppe 3 anzunehmen ist.⁸⁸⁹ Der EuGH hat diese Sichtweise unlängst bestätigt.⁸⁹⁰

Dies steht nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des *EuGH* zur Berücksichtigung eines Beschlusses der Europäischen Kommission zur Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens im Beihilfenbereich.⁸⁹¹ Während die dortigen Beschlüsse gerade der Verfahrensfortsetzung dienen und daher eine weitergehende Beurteilung der Sache durch die Europäische Kommission erwarten lassen, schließen Entscheidungen nach Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003 Verfahren in der Regel ab, ohne dass ein Fortgang der

⁸⁸⁶ So im Ergebnis auch *Hartlieb*, NZKart 2017, 458, 461, *O. Weber* in *Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5, sowie *Brenner*, EuR 2014, 671, 691.

⁸⁸⁷ *BGH*, Urt. v. 14. Juli 2015 – KVR 55/14 – juris, Rn. 22, 40 zur Nicht-Anwendbarkeit von § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB) bezogen auf Verbindlicherklärungen von Verpflichtungszusagen gem. § 32b GWB durch deutsche Kartellbehörden. Ähnlich *EuGH*, Urt. v. 29. Juni 2010 – C-441/07 P, ECLI:EU:C:2010:377 – *Alrosa Company Ltd*, Rn. 48.

⁸⁸⁸ Gegen eine Bindungswirkung mit ähnlichen Überlegungen auch *Imgrund*, S. 141ff, und *Ritter* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), VO 1/2003 Art. 16, Rn. 3. Ebenso auch für § 33b GWB bezogen auf entsprechende Entscheidungen des BKartA nach § 32b GWB *Monopolkommission*, Sondergutachten „Bahn 2017: Wettbewerbspolitische Baustellen“, Juli 2017, Rn. 127.

⁸⁸⁹ So wohl auch *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – *Gasorba*, Rn. 35.

⁸⁹⁰ *EuGH*, Urt. v. 23. November 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:891 – *Gasorba*, Rn. 28ff. Vgl. auch *Hartlieb*, EuZW 2018, 45, 46f.

⁸⁹¹ S.o. 3.3.3(e)(iii) (ab Seite 122).

Untersuchung beabsichtigt ist. Eine Wiederaufnahme ist, wie sich aus Art. 9 Abs. 2 VO 1/2003 ergibt, eher die Ausnahme.

Fraglich ist, ob Sachverhaltsfeststellungen oder Bewertungen der Europäischen Kommission in einem Beschluss nach Art. 9 VO 1/2003 – über die Fallgruppe 3 hinausgehend – nicht wenigstens eine Art "*faktische Bindungswirkung*"⁸⁹² zukommen kann, die etwa bereits aus unionsrechtlicher Sicht zu einer Umkehr der Beweislast führt.⁸⁹³ Die *Gasorba*-Entscheidung ist hier nicht eindeutig, stellt aber wohl eher nur auf die Indizwirkung der kartellrechtlichen Bewertung und nicht die Sachverhaltsermittlung ab.⁸⁹⁴ *Becker*⁸⁹⁵ berichtet, dass die Frage die deutschen Gerichte bislang nicht beschäftigt hat,⁸⁹⁶ verweist aber auf den Fall des *Tribunal de Commerce de Paris*,⁸⁹⁷ welches trotz der fehlenden Feststellung der *Autorité de la Concurrence* über einen Wettbewerbsverstoß in einem Beschluss zur Bindenderklärung von Zusagen den von der Behörden zugrundegelegten Sachverhalt herangezogen hat.⁸⁹⁸ Grundlage war dort allerdings nationales Recht. *Becker* hebt zudem hervor, dass es eine Regelung wie § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB) im französischen Recht zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht gab⁸⁹⁹ und wohl auch nach den Maßstäben des französischen Rechts "*angesichts des vorläufigen Charakters der behördlichen Ausführungen ... das Vorgehen des Tribunals ... nicht unproblematisch*" sei.

Letztlich ist auf der Grundlage des Unionsrechts eine solche Form der Berücksichtigungspflicht abzulehnen. Grund hierfür ist, dass das Verfahren nach

⁸⁹² *Becker*, NZKart 2016, 58ff.

⁸⁹³ Kritisch zum Anscheinsbeweis soweit der dadurch Belastete gegen die entsprechenden Feststellungen in dem Beschluss nicht gerichtlich vorgehen konnte: *Inderst/Thomas*, S. 228ff.

⁸⁹⁴ *EuGH*, Urt. v. 23. November 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:891 – *Gasorba*, Rn. 29; vgl. dazu *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – *Gasorba*, Rn. 35..

⁸⁹⁵ *Becker*, NZKart 2016, 58ff.

⁸⁹⁶ Mit Ausnahme von LG Frankfurt, Urt. v. 3. Juni 2015 – 2-03 O 324/14 – *Bahnstrom* (nicht veröffentlicht), bei dem der Sachverhalt kaum streitig gewesen sein soll und in welchem daher letztlich auf die Zusageentscheidung der Europäischen Kommission in den Urteilsgründen nicht zurückgegriffen worden sei (ebenso *Concurrences - Revue des Droits de la Concurrence*, *Jurisprudences européennes et étrangères*, *Chroniques*, *Concurrences* N° 2-2016, pp. 220-240, S. 224, 225). Vgl. auch *Monopolkommission*, Sondergutachten „Bahn 2017: Wettbewerbspolitische Baustellen“, Juli 2017, Rn. 127.

⁸⁹⁷ *Tribunal de commerce de Paris*, Urt. v. 30.3.2015 – RG n° 2012000109 – DKT c. *Eco-Emballages et Valorplast* (soweit ersichtlich nicht veröffentlicht).

⁸⁹⁸ *Concurrences - Revue des Droits de la Concurrence*, *Jurisprudences européennes et étrangères*, *Chroniques*, *Concurrences* N° 2-2016, pp. 220-240, S. 224.

⁸⁹⁹ Sondern erst auf der Grundlage von Art. 9 SE-RL einzuführen ist.

Art. 9 VO 1/2003 einen formalen Beschluss aufgrund eines (aus Sicht der Behörde) ausermittelten Sachverhalts in einem Verfahrensstadium verhindert, in welchem die Behörde nicht zu einer abschließende Beurteilung gekommen ist und voraussichtlich auch nicht mehr kommen wird. Eine Entscheidung nach Art. 7 oder 23 VO 1/2003 darf von der Europäischen Kommission nicht erlassen werden, wenn ihr bekannt wird, dass der im Verfahren zugrundegelegte und als wettbewerbswidrige beurteilte Sachverhalt nicht gegeben war; ein Nichterlass einer solchen, belastenden Entscheidung ist mithin bis zu deren Erlass möglich. Eine Entscheidung nach Art. 9 VO 1/2003 ergeht dagegen vor diesem Zeitpunkt. Ihr ist also die Ungewissheit immanent, ob die betroffene(n) Partei(en) die Europäische Kommission in einem Verfahren nach Art. 7 oder 23 VO 1/2003 nicht doch von einem anderen Sachverhalt oder einer anderen rechtlichen Bewertung hätten überzeugen können.⁹⁰⁰ Für dieses Ergebnis spricht im Übrigen auch Art. 9 Abs. 2 VO 1/2003, wonach weitergehende Informationen über den Sachverhalt zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens führen können. Gestützt wird die Auffassung zudem durch den oben erwähnten Erwägungsgrund (22) der VO 1/2003, der den Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers klarstellt, dass von *"der Kommission angenommene Entscheidungen bezüglich Verpflichtungszusagen ... nicht die Befugnis der Gerichte"* berühren, *"die Artikel 81 und 82 des Vertrags anzuwenden."* Es bleibt insoweit also bei der Fallgruppe 3.

(c) Kartellrechtliche Beurteilung der Umstände ab Durchführung der Verpflichtungszusagen

Zunächst ist zu untersuchen, ob die Europäische Kommission mit einem Beschluss nach Art. 9 VO 1/2003 überhaupt eine Bewertung abgibt, die Grundlage einer Berücksichtigungspflicht sein kann. Ursprünglich war dies wohl nicht geplant. Im Vorschl. Kom. DVO81/82 hatte die Europäische Kommission für Art. 9 die Formulierung vorgesehen:

"Das Verfahren wird durch die Entscheidung beendet, unbeschadet der Frage, ob eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 oder 82 EG-Vertrag bestanden hat oder noch besteht."

⁹⁰⁰ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – Gasorba, Rn. 32.

Dies wurde im Vorschl. Kom. DVO81/82 wie folgt begründet (Hervorhebung nur hier):

"Absatz 2 sieht vor, dass in der Entscheidung nicht festgestellt wird, ob vor dem Eingehen der Verpflichtungen eine Zuwiderhandlung bestanden hat oder danach noch besteht."

*Imgrund*⁹⁰¹ möchte daraus schließen, dass der Erwägungsgrund (13) *"ebenfalls auf die Lage nach Erlass des Beschlusses Bezug"* nimmt und mithin keine (abschließende) Bewertung der Europäischen Kommission anzunehmen ist. Ähnlich positionieren sich auch *Bartels*⁹⁰² und unlängst auch *Hartlieb*⁹⁰³ sowie – in der Sache *Gasorba* – die *GA Kokott*.⁹⁰⁴ Die Aussage des EuGH in dieser Sache ist zumindest nicht eindeutig, kann aber auf den ersten Blick so verstanden werden, dass dieser ebenfalls grundsätzlich kein Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen sieht;⁹⁰⁵ allerdings äußert der EuGH bei genauer Betrachtung nur, dass das Vorliegen eines Beschlusses nach Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003 einer Nichtigerklärung einer Vereinbarung nach Art. 101 Abs. 2 AEUV durch ein nationales Gericht aufgrund eigener Beurteilung nicht entgegensteht. Dies dürfte der Vorlagefrage geschuldet gewesen sein,⁹⁰⁶ lässt aber die notwendige Differenzierung vermissen.

⁹⁰¹ *Imgrund*, S. 145ff.

⁹⁰² *Bartels*, S. 179.

⁹⁰³ *Hartlieb*, NZKart 2017, 458, 461f.

⁹⁰⁴ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – *Gasorba*, Rn. 31ff, nicht unterscheidend zwischen der Bewertung vor und nach Berücksichtigungsfähigkeit der Zusagen.

⁹⁰⁵ So etwa *Hartlieb*, EuZW 2018, 45, 46f.

⁹⁰⁶ Nach Verständnis des Autors war der *EuGH*, Urt. v. 23. November 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:891 – *Gasorba*, von der Vorlagefrage geleitet, ob von dem Beschluss der Europäische Kommission eine generell freistellende Wirkung ausging, die die nationalen Gerichte zu beachten haben. Dies hat er verneint und zwar vor folgendem Hintergrund: Während sich die Europäische Kommission im konkreten Fall mit *"Wettbewerbsbedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit der langfristigen Liefervereinbarungen, gepaart mit Wettbewerbsverboten"* auseinandersetzte, *"Marktabschottungseffekte"* befürchtete und Anpassungen für die Zukunft zu erreichen suchte, ging es vor den Zivilgerichten um Wirksamkeitsfragen sowie von Schadensersatz bezogen auf teils andere wettbewerbsrechtliche Bedenken (*"Festsetzung der Endverkaufspreise"*) und war die Frage der Zulässigkeit der Laufzeit der betrachteten Zivilverträge bezogen auf einen konkreten, lange bestehenden Vertrag zu klären (Zitate entnommen *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – *Gasorba*, Rn. 16ff); vor dem Zivilgericht waren mithin im Wesentlichen retrospektive Fragen zu klären, während der Beschluss der Kommission zukunftsgerichtet war. Rn. 28 des Urteils des EuGH spricht zwar davon, dass mit einem Beschluss nicht von einer Legalisierung des Marktverhaltens gesprochen werden könne und dies erst recht nicht rückwirkend; dies kann aber auch bedeuten, dass der EuGH nur (richtigerweise) nicht von einer generell-legalisierenden Wirkung eines Beschlusses nach Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003 ausgeht, insbesondere für vergangenheitsbezogene

Für die Sichtweise, dass von der Beurteilung der Umstände durch die Europäische Kommission ab Durchführung der Verpflichtungszusagen eine Pflicht zu maßgeblicher Berücksichtigung i.S.d. Fallgruppen 1, 2 und 4 ausgeht, spricht, dass der zitierte Vorschlag der Europäischen Kommission nicht übernommen wurde. Der Erwägungsgrund (13) stellt (nur) klar, dass der Beschluss ergeht, "*[o]hne die Frage zu beantworten, ob eine Zuwiderhandlung vorgelegen hat oder noch vorliegt*" ("*sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction*"; "*without concluding whether or not there has been or still is an infringement*"). Er stellt daher – anders die zitierte Passage im Vorschl. Kom. DVO81/82 ("*danach*") – nur auf die Vergangenheit bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ab, aber eben gerade nicht auf die Zeit, ab der die für bindend erklärten Zusagen umgesetzt sind. Gleichzeitig ist schon nach dem Wortlaut des Art. 9 VO 1/2003 deutlich, dass die Bedenken der Europäischen Kommission mit Durchführung der Zusagen ausgeräumt sind. Davon, dass mit Art. 9 VO 1/2003 keine abschließende kartellrechtliche Bewertung verbunden ist, ist mit der in Kraft getretenen Fassung der Verordnung keine Rede mehr.

Mit einem Beschluss nach Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003 ist also die Aussage verbunden, dass das von der Europäischen Kommission angenommene Kartellrechtsproblem nicht mehr besteht.⁹⁰⁷ Es würde i.S.d. Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 und des primärrechtlichen Berücksichtigungsgebot⁹⁰⁸ dieser Bewertung zuwiderlaufen, wenn das nationale Gericht (ab der Implementierung der Maßnahmen) dennoch einen Verstoß gegen Art. 101 bzw. Art. 102 AEUV annehmen würde.

Fraglich ist, ob aus den Erwägungsgründen der VO 1/2003 etwas anderes abzuleiten ist: Der Erwägungsgrund (13) der VO 1/2003 hebt hervor, dass "*Entscheidungen bezüglich Verpflichtungszusagen ... die Befugnisse ... der Gerichte der Mitgliedstaaten*" unberührt lassen, "*das Vorliegen einer Zuwiderhandlung festzustellen und über den Fall zu entscheiden*". Die Erwägungsgründe stehen hier scheinbar im Widerspruch zu der hiesigen Auslegung des Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 und des Primärrechts soweit es die Beurteilung der (angenommenen) Umstände ab Durchführung der Verpflichtungszusagen betrifft. Allerdings lässt sich der vermeintliche Konflikt auflösen: Nach Art. 9 Abs. 2 VO 1/2003 ist die Europäische Kommission bei Änderung

Fälle wie dem ihm vorliegenden, aber gegenwarts- oder zukunftsbezogene Konstellationen von Zivilgerichten nicht bedacht hat bzw. dazu nicht entscheiden und das Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen bezogen auf konkrete Wertungen der Europäischen Kommission nicht aufgeben wollte.

⁹⁰⁷ Ähnlich *EuGH*, Urt. v. 29. Juni 2010 – C-441/07 P, ECLI:EU:C:2010:377 – Alrosa Company Ltd, Rn. 61.

⁹⁰⁸ Mit dem sich *EuGH*, Urt. v. 23. November 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:891 – Gasorba, nicht befasst hat.

der Verhältnisse, Nichteinhaltung der für bindend erklärten Zusagen oder bei *"unvollständigen, unrichtigen oder irreführenden Angaben der Parteien"* berechtigt, das Verfahren *"auf Antrag oder v.A.w."* wieder aufzunehmen.⁹⁰⁹ Hieraus ist abzuleiten, dass die Europäische Kommission keine abschließenden Sachverhaltsfeststellungen getroffen hat. Eine Pflicht der nationalen Gerichte zu einer maßgeblichen Berücksichtigung des Sachverhalts i.S.d. Fallgruppen 1 und 2 kann damit von dem von der Europäischen Kommission angenommenen Sachverhalt nicht ausgehen.

Das nationale Gericht ist damit frei, den Sachverhalt auszuermitteln und – wenn keine Identität des gerichtlich ermittelten und des von der Europäischen Kommission unterstellten Sachverhalts besteht – zu einer anderen Entscheidung zu gelangen, ohne an die Beurteilungen der Europäischen Kommission gebunden zu sein. Bei fehlender Sachverhaltsidentität, aber hinreichender Sachverhaltsähnlichkeit muss das Gericht die kartellrechtlichen Wertungen im Beschluss der Europäischen Kommission aber als Orientierungspunkt i.S.d. der oben beschriebenen Fallgruppe 3 berücksichtigen.⁹¹⁰

Kommt das Gericht – was den Sachverhalt angeht – dagegen zum selben Ergebnis wie die Europäische Kommission, d.h. ist der von der Europäischen Kommission zugrundegelegte und der vom Gericht ermittelte Sachverhalt deckungsgleich, und ist nach Auffassung des Gerichts sichergestellt, dass die Zusagen eingehalten wurden, darf das Gericht eine der EU-kartellrechtlichen Bewertung der Europäischen Kommission zuwiderlaufende Entscheidung – soweit diese regelt, dass für ein Tätigwerden der Europäischen Kommission ein Anlass nicht mehr besteht – nicht treffen. Dies gilt auch für beabsichtigte Beschlüsse nach Art. 9 VO 1/2003.⁹¹¹ Einschlägig sind insoweit die Fallgruppen 1, 2 und 4. Dies gilt freilich nicht, soweit – wie im Fall *Gasorba* – zwar der Sachverhalt, aber nicht die von Gericht und Europäischer Kommission betrachteten wettbewerbsrechtlichen Bedenken deckungsgleich sind.⁹¹²

Soweit die Verpflichtungswirkung der Zusagen zeitlich begrenzt ist, wie dies oft der Fall sein wird,⁹¹³ ist natürlich entsprechend auch die Berücksichtigungspflicht bezogen auf den Beschluss nach Art. 9 VO 1/2003 begrenzt.

⁹⁰⁹ Vgl. zur deutschen Parallelvorschrift des § 32b GWB a.F. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017 – VI-Kart 10/15 (V) –, juris, LS 1, 1a, Rn. 72ff.

⁹¹⁰ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

⁹¹¹ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), dort Fallgruppe 4.

⁹¹² S.o. Fn. 906 (Seite 193).

⁹¹³ *Hartlieb*, NZKart 2017, 458, 461.

(d) Verpflichtungszusagen

Schließlich ist zu prüfen, ob die nationalen Gerichte die für bindend erklärten Zusagen selbst als für ihre Entscheidung in dem Sinne bindend zugrundelegen müssen, dass diese als (sekundärrechtliche) Regelung verstanden werden, bezogen auf welche zuwiderlaufende Entscheidungen unzulässig sind oder welche die Zivilgerichte sogar anzuwenden und durchzusetzen haben.

Hier ist zunächst die Situation denkbar, dass bei einem nationalen Zivilgericht beantragt wird, einer Partei ein Verhalten aufzuerlegen, welches den von dieser Partei gegenüber der Europäischen Kommission abgegebenen Zusagen zuwiderlaufen würde. Hier ist zu bedenken, dass die Europäische Kommission mit dem Beschluss gem. Art. 9 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 die Zusagen regelnd für bindend erklärt. Dies unterfällt unproblematisch den Fallgruppen 1 und 2, weshalb eine zuwiderlaufende Entscheidung eines nationalen Gerichts nicht zulässig ist. Die Regelung der Europäischen Kommission ist hier vorrangig.⁹¹⁴

Weiter ist die Situation denkbar, dass sich ein von den Zusagen begünstigtes Unternehmen vor einem Zivilgericht auf diese beruft und vom Zivilgericht ein Urteil zu deren Durchsetzung gegenüber dem Unternehmen verlangt, welches die Zusagen abgegeben hat, um so einen vollstreckbaren Titel zur Durchsetzung der Zusagen zu erhalten. *Ritter*⁹¹⁵ sowie die GA *Kokott*⁹¹⁶ scheinen diese Möglichkeit ohne nähere Begründung zu bejahen. Ebenso befürwortet *Hartlieb*⁹¹⁷ diese Sichtweise mit dem Argument, dies diene einer effektiven Durchsetzung des Unionswettbewerbsrecht und sei daher auf der Grundlage des Loyalitätsgebots "zu befürworten".

Bartels erläutert, dass die Europäische Kommission zunächst eine Durchsetzbarkeit der Zusagen vor nationalen Gerichten angestrebt hatte.⁹¹⁸ Allerdings zeigt die Entwicklung des Gesetzgebungsverfahrens, dass die vorgeschlagenen Formulierungen der Europäischen Kommission⁹¹⁹ gerade nicht in die VO 1/2003 übernommen wurden, was

⁹¹⁴ *Hartlieb*, NZKart 2017, 458, 462; *Hartlieb*, EuZW 2018, 45, 47.

⁹¹⁵ *Ritter* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), VO 1/2003 Art. 16, Rn. 3.

⁹¹⁶ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – Gasorba, Rn. 35; mangels Entscheidungserheblichkeit wohl nicht aufgegriffen von *EuGH*, Urt. v. 23. November 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:891 – Gasorba.

⁹¹⁷ *Hartlieb*, NZKart 2017, 458, 462f; *Hartlieb*, EuZW 2018, 45, 47.

⁹¹⁸ *Bartels*, S. 99.

⁹¹⁹ *Europäische Kommission*, Vorsch. Kom. DVO81/82, Erwägungsgrund (12).

deutlich macht, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber keine Berücksichtigungspflicht wollte.

Hierfür spricht auch, dass das Instrument des Art. 9 VO 1/2003 der Verfahrensvereinfachung für Europäische Kommission und Unternehmen dient, die ein kartellrechtliches Problem aus der Welt schaffen können sollen, ohne die genauen Grenzen zu definieren, die das EU-Wettbewerbsrecht zieht. Die Europäische Kommission wird sicherheitshalber dazu tendieren, immer überschießende Zusagen für eine Verfahrensbeendigung zu fordern bzw. zu akzeptieren.⁹²⁰ Die Unternehmen nutzen den Vorteil, dass nicht ausermittelt wird, ob ein Verstoß gegen das EU-Wettbewerbsrecht überhaupt vorlag und werden bereit sein, auch solche überschießenden Zusagen anzubieten.⁹²¹ Müssten die Unternehmen nun fürchten, sich ihre Zusagen in einem Zivilprozess entgegenhalten lassen zu müssen, werden sie in vielen Fällen zur Abgabe der Zusagen nicht mehr bereit sein. Das Instrument wäre seiner praktischen Wirksamkeit beraubt.

Dieser Gedanke schließt auch eine Berücksichtigungspflicht auf der Grundlage des Primärrechts mit Blick auf das Loyalitätsgebot, den Gedanken der Rechtssicherheit oder den *effet utile* des EU-Kartellrechts aus: Gerade weil das Instrument der Verpflichtungszusagen der effektiven Durchsetzung des Unionskartellrechts dient und bei einer Durchsetzbarkeit der Zusagen vor den nationalen Gerichten für die Unternehmen kein gangbarer Weg mehr wäre, hat die praktische Wirksamkeit dieses Instruments hier Vorrang.

Bleibt das Problem, dass einem Beschluss nach Art. 9 VO 1/2003 nach Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV Verbindlichkeit zukommt, die auch die nationalen Gerichte zu beachten haben. Aus den im vorstehenden Absatz genannten Gründen spricht allerdings viel dafür, hier eine teleologische Reduktion des Art. 288 Abs. 4 AEUV anzunehmen, was die Bindung der Zivilgerichte angeht, soweit es um die Durchsetzung der Zusagen durch die nationalen Zivilgerichte geht. Insoweit lässt sich auch argumentieren, dass

⁹²⁰ Streng genommen darf die Europäische Kommission keine Zusagen fordern, sondern solche nur entgegennehmen, d.h. die Gestaltung bleibt den Unternehmen überlassen. Eine Pflicht der Europäischen Kommission, überschießende Zusagen abzulehnen, sieht der *EuGH* nicht bzw. nur dann, wenn die Unternehmen Alternativen angeboten haben (dann und nur dann muss die Europäische Kommission unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots die mildesten, ihre Bedenken abstellenden Zusagen wählen), *EuGH*, Ur. v. 29. Juni 2010 – C-441/07 P, ECLI:EU:C:2010:377 – Alrosa Company Ltd, Rn. 41, 47f, 61; *EuG*, Ur. v. 15. September 2016 – T-76/14, ECLI:EU:T:2016:481 – Morningstar gegen Europäische Kommission unterstützt durch Thomson Reuters Corp. und Reuters Ltd, Rn.45f, 78, 86.

⁹²¹ *EuGH*, Ur. v. 29. Juni 2010 – C-441/07 P, ECLI:EU:C:2010:377 – Alrosa Company Ltd, Rn. 48.

sich aus einer Regelung des Art. 9 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 gerade kein subjektives Recht eines Dritten ergibt, da hiermit nur das öffentliche Interesse an der Abstellung eines (mutmaßlich) kartellrechtswidrigen Verhaltens erreicht werden sollte.

Imgrund untersucht diese Frage der zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit zusätzlich unter dem Aspekt eines etwaigen öffentlich-rechtlichen Vertrages zu Gunsten Dritter, lehnt aber eine Drittwirkung eines solchen Vertrages ab. Wesentliches Argument ist, dass – wie auch diesseits vorstehend argumentiert – Zusagen in der Regel keinen (bestimmten) Dritten unmittelbar begünstigen.⁹²² Dieser Ansatz ist richtig und in Übereinstimmung mit dem oben beschriebenen Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers. Dieser wollte gerade kein Instrument zur zivilprozessualen Durchsetzung schaffen.

Nur am Rande sei erwähnt, dass eine zivilprozessuale Durchsetzung der Einhaltung der Zusagen (an Art. 101, 102 AEUV vorbei) auch nicht über das deutsche Zivilrecht möglich ist.⁹²³ Verschiedentlich wurde vor der Einführung von § 33 Abs. 4 GWB a.F. (heute § 33b GWB) und Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 diskutiert, ob in einem Verwaltungsakt der Europäischen Kommission ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 BGB zu sehen ist.⁹²⁴ Das ist aber für den hier betrachteten Bereich abzulehnen. Die Europäische Kommission hat im Rahmen des Art. 9 VO 1/2003 ein Ermessen, ob sie den Weg einer solchen Entscheidung geht.⁹²⁵ Selbst wenn – was streitig ist⁹²⁶ – einem Verwaltungsakt grundsätzlich Schutzgesetzcharakter zukäme, kann dies bei ermessensabhängigen Verwaltungsakten nicht gelten, sondern es ist auf die Ausgangsnormen, hier Art. 101, 102 AEUV, zurückzugreifen.⁹²⁷

Eine Durchsetzung der Zusagen vor den Zivilgerichten scheidet also aus. Dadurch wird auch keine rechtsstaatlich fragwürdige Situation geschaffen: Dritte können unmittelbar auf der Grundlage von Art. 101, 102 AEUV klagen und so versuchen, ihre (vermeintlichen) Rechte durchzusetzen. Gleiches gilt, wenn die Zusagen darin bestehen, Dritten ein bestimmtes Vertragsangebot / Vertragsänderungsangebot etc. zu machen: Kommt ein entsprechender Vertrag zustanden, können die Dritten ihre Ansprüche auf der Grundlage des Vertrages geltend machen.

⁹²² *Imgrund*, S. 150ff.

⁹²³ So auch *Imgrund*, S. 149f.

⁹²⁴ *Zuber*, S. 69ff.

⁹²⁵ *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 9, Rn. 4.

⁹²⁶ *Wagner* in *MüKo BGB*, 6. Auflage 2013, § 823, Rn. 400ff.

⁹²⁷ *BeckOK BGB*, 37. Edition, 1. November 2013, § 823 Rn. 153f.

Schließlich sei erwähnt, dass auch im umgekehrten Fall keine Rechtsschutzlücke besteht: Dritte, die sich durch eine Zusagenentscheidung nach Art. 9 VO 1/2003 in ihren Rechten beschränkt fühlen, können sich im Wege der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV dagegen wehren.⁹²⁸

3.5.6 Nichtanwendbarkeitsentscheidungen (Positiventscheidung)

(a) Einführung

Freigabeentscheidungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV sind mit der Abschaffung der VO 17 und ihrer Ersetzung durch das System der VO 1/2003 grundsätzlich ausgeschlossen. Der Gemeinschaftsgesetzgeber wollte der Europäischen Kommission dieses Instrument aber nicht vollkommen aus der Hand nehmen. Daher erlaubt Art. 10 VO 1/2003 für den Fall des Vorliegens von "*Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft*" Beschlüsse, mit denen "*die Nichtanwendung*" des in Art. 101 (bzw. Art. 102) AEUV "*verankerten Verbots festgestellt wird, um die Rechtslage zu klären und eine einheitliche Rechtsanwendung in der Gemeinschaft sicherzustellen*".⁹²⁹ Entsprechend regelt Art. 10 VO 1/2003, dass die Europäische Kommission feststellen kann, dass Art. 101 Abs. 1 bzw. Art. 102 AEUV auf einen bestimmten Sachverhalt keine Anwendung findet bzw. dass die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV gegeben sind. Hierfür wird teils der Begriff der "*Positiventscheidung*"⁹³⁰ oder der "*Nichtanwendbarkeitsentscheidung*"⁹³¹ verwendet.

Im Gesetzgebungsverfahren war es das Ziel der Europäischen Kommission, dass auch solche Positiventscheidungen eine gewisse Bindungswirkung für nationale Gerichte

⁹²⁸ *EuG*, Urt. v. 11. Juli 2007 – T-170/06, ECLI:EU:T:2007:220 – Alrosa Company Ltd gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften; Rn. 37ff; *EuGH*, Urt. v. 29. Juni 2010 – C-441/07 P, ECLI:EU:C:2010:377 – Alrosa Company Ltd, Rn. 90; *EuG*, Urt. v. 15. September 2016 – T-76/14, ECLI:EU:T:2016:481 – Morningstar gegen Europäische Kommission unterstützt durch Thomson Reuters Corp. und Reuters Ltd, Rn. 27ff.

⁹²⁹ VO 1/2003, Erwägungsgrund (13). So auch schon der Rat im Gesetzgebungsverfahren; vgl. Bericht von der 2347. Tagung des Rates – Energie / Industrie – am 14.-15. Mai 2001 in Brüssel, C/01/181. Diese Gesetzgebungsmaterialien haben für die Auslegung des Art. 10 VO 1/2003 mehr Gewicht als die spätere, etwas zweideutige Aussage der Europäischen Kommission im Bericht Kom 2013 SWP, Rn. 193, wo es heißt: "*In fact, the purpose of this instrument is not to create a substitute for the abolished exemption decisions in the old notification system (although Regulation 1/2003 is without prejudice to the ability of the Commission to issue informal guidance to individual undertakings in cases presenting novel or unresolved issues).*"

⁹³⁰ Vermutlich der Bezeichnung im Weißbuch 81/82 folgend *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 10, Rn. 1.

⁹³¹ *Bartels*, S. 95, und *Imgrund*, S. 152, der späteren Bezeichnung der Europäischen Kommission folgend.

haben sollten. Dabei strebte die Europäische Kommission zunächst nur an, dass die Bindungswirkung nicht über den Grad hinausgehen solle, der einem Negativattest im Rahmen der VO 17 zukam.⁹³² Später wollte sie die Entscheidungen "*deklaratorischen Charakters*" nach Art. 10 dem damals von ihr geplanten Art. 16 unterstellen, der allerdings nur ein "*bestrebt sein*" der nationalen Gerichte vorsah, keine zu einer solchen Entscheidung im Widerspruch stehende Entscheidung zu treffen.⁹³³

Dass die VO 1/2003 damit grundsätzlich eine Berücksichtigungspflicht für Beschlüsse nach Art. 10 VO 1/2003 vorsieht, ist deshalb – entgegen mancher Stimmen im Zuge der Einführung der VO 1/2003⁹³⁴ – schon vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Intention, aber auch nach dem Wortlaut nicht zweifelhaft,⁹³⁵ denn Art. 10 VO 1/2003 sieht vor, dass die Europäische Kommission im Wege von "*Entscheidungen*" tätig wird und auf "*Entscheidungen*" stellt auch Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 ab. Dies wird (zumindest im Ergebnis) in der Literatur weitgehend ebenso gesehen⁹³⁶ und entspricht der Rechtsprechung des *EuGH*⁹³⁷ zu Art. 16 Abs. 2 VO 1/2003. Anders als es der Erwägungsgrund (14) suggeriert, sind Positiventscheidungen mithin nicht nur deklaratorisch.⁹³⁸ Auf die ergänzende Argumentation, dass schon in der verbindlichen Feststellung der Rechtslage durch Negativatteste auf der Grundlage der VO 17 eine Entscheidung gesehen wurde und dies erst recht für Entscheidungen

⁹³² *Europäische Kommission*, Weißbuch 81/82, Rn. 89. Der Grad der von solchen Negativattesten ausgehenden Berücksichtigungspflicht war umstritten, wobei die h.M. vom Fehlen einer strengen Bindungswirkung ausging; vgl. *Ritter in Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, 1. Auflage, VO 17 Art. 25, 27; *Bartels*, S. 96, Fn. 351 m.w.N., *Zuber*, S. 50ff; *Imgrund*, S. 27ff.

⁹³³ *Europäische Kommission*, Vorsch. Kom. DVO81/82.

⁹³⁴ *K. Schmidt*, BB 2003, 1237, 1241f.

⁹³⁵ So ist wohl auch *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 7. Dezember 2010 – C-375/09, ECLI:EU:C:2010:743 – *Tele2 Polska*, Fn. 45, zu verstehen.

⁹³⁶ *Klees*, § 8, Rn. 110; *Sura in Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 10, Rn. 8, Art. 16, Rn. 8; *Schneider in MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 8; *Bechtold/Bosch/Brinker*, *EU-Kartellrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5; *O. Weber in Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5; *Bartels*, S. 115ff; *Divivier*, S. 440ff; *Schmidt in Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 15 Rn. 21.

⁹³⁷ *EuGH*, Urt. v. 14. Februar 2012 – C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72 – *Toshiba*, Rn. 87. Bejaht von *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – *Gasorba*, Rn. 29.

⁹³⁸ *Weiß in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, 3. A. 2016, VerfVO Art. 4, Rn. 24; a.A., allerdings ohne Begründung und ohne dass es dort darauf angekommen wäre *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – *Gasorba*, Rn. 49.

i.S.v. Art. 10 VO 1/2003 gelten müsse,⁹³⁹ kommt es daher nicht weiter an. Da es sich bei Entscheidungen i.S.d. Art. 10 VO 1/2003 um Beschlüsse handelt, greift zudem auch grundsätzlich die primärrechtliche Berücksichtigungspflicht.

Die Reichweite der Berücksichtigungspflicht liegt aber weder sekundärrechtlich⁹⁴⁰ noch primärrechtlich auf der Hand und wird im Folgenden näher untersucht, auch wenn, soweit ersichtlich, die Europäische Kommission von dem Instrument gem. Art. 10 VO 1/2003 bisher keinen (öffentlichen) Gebrauch gemacht hat und es eher unwahrscheinlich erscheint, dass es zu vielen Anwendungsfällen kommen wird.⁹⁴¹ Problematisch sind hier die Aspekte der Sachverhaltsidentität und der Drittanhörungsrechte.

(b) Sachverhaltsidentität

Wie bereits oben festgestellt, setzt eine Berücksichtigungspflicht i.S.d. Art. 16 VO 1/2003 bzw. eine primärrechtliche Berücksichtigungspflicht i.S.d. Fallgruppen 1 und 2 (sowie 4 bei beabsichtigten Beschlüssen)⁹⁴² die Identität des Sachverhalts voraus. Deshalb ist das Zivilgericht nicht davon entbunden, diese festzustellen. *Bauer*⁹⁴³ weist darauf hin, dass mit Blick auf den von der Europäischen Kommission verfolgten "*more economic approach*" die kartellrechtliche Bewertung massiv von makro-ökonomischen Umständen abhängen kann, die Veränderungen unterworfen sein können. Könnten kleinste Veränderungen dieser Umstände jedoch die Verlässlichkeit der Entscheidung nach Art. 10 VO 1/2003 in Frage stellen, entfielen die praktische Wirksamkeit der Positiventscheidungen. *Bauer* geht daher davon aus, dass die Veränderung der Marktverhältnisse für das nationale Gericht nur dann eine Rolle spielen darf, wenn sich die Andersartigkeit der von der Europäischen Kommission angenommenen

⁹³⁹ *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 10, Rn. 8. Die Frage der Bindungswirkung von Negativattesten war allerdings umstritten; von der h.M. wurde keine Bindungswirkung für nationale Gerichte angenommen; vgl. Fn. 932 (Seite 200).

⁹⁴⁰ *Bauer* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 10, Rn. 22 bis 21.

⁹⁴¹ *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 10, Rn. 1, weist darauf hin, dass die Europäische Kommission mit diesem Instrument "*sparsam*" umgeht und bis 2013 keine entsprechende Entscheidung erlassen hatte. Die Europäische Kommission erklärte im Bericht Kom 2013 SWP, Rn. 193: "*At the stage of drafting the Regulation, it was thought that could for instance be the case if a diverging decision practice of NCAs or national courts was observed in a given area. In practice, this concept of ensuring consistency by formal decisions may have been overtaken by the ECN developing as a successful forum to discuss competition policy issues.*"

⁹⁴² S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

⁹⁴³ *Bauer* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 10, Rn. 20.

Verhältnisse konkret aus deren Entscheidung ergibt (indem dort etwa Marktanteils Grenzen bestimmt werden).

Die Gefahr einer Abweichung des Sachverhalts ist bei Nichtanwendbarkeitsentscheidungen besonders gegeben, da diese – anders als Abstellungsverfügungen und Bußgeldentscheidungen – in der Regel weniger rückwärts-, sondern zukunftsgerichtet und auf der Grundlage einer bestimmten, in der Regel abgegrenzten Sachverhaltskonstellation ergehen,⁹⁴⁴ welche noch dazu nicht zwingend der Wahrheit entsprechen muss.⁹⁴⁵ In der Praxis ist daher viel Raum für eine Abweichung des gerichtlich zu beurteilenden Sachverhalts vom von der Europäischen Kommission betrachteten Sachverhalt. Die Frage der Sachverhaltsidentität bzw. -ähnlichkeit determiniert aber den Grad der Berücksichtigungspflicht. Letztlich werden hier die Grenzen zwischen einer maßgeblichen Berücksichtigungspflicht i.S.d. Fallgruppen 1 und 2 (sowie 4 bei beabsichtigten Beschlüssen)⁹⁴⁶ und einer bloßen Orientierungswirkung i.S.d. Fallgruppe 3 oft schwer zu bestimmen sein. Je nach Umständen können bestimmte Feststellungen der Europäischen Kommission, etwa zur Marktwirkung der betrachteten Vorgänge, bei sonstiger Sachverhaltsidentität, etwa zum betrachteten Vertragswerk, zu einer Beweislast der Partei führen, die eine Änderung der Umstände bei den Marktwirkungen behauptet.⁹⁴⁷ Bei Zweifeln kann sich auch hier eine Konsultation mit der Europäischen Kommission anbieten, wobei sich diese Möglichkeit auch zu einer Konsultationspflicht verdichten kann.⁹⁴⁸

(c) Fehlen einer Berücksichtigungspflicht aufgrund mangelnder Rechtsschutzmöglichkeiten

Imgrund wirft die Frage auf, ob eine Berücksichtigungspflicht entfällt, wenn diese zur Benachteiligung von dritten Nicht-Adressaten der Entscheidung im Zivilprozess führen würde, und lehnt dies letztlich mit der Begründung ab, dass diesen Dritten ein Anhörungsrecht im Rahmen des Verwaltungsverfahrens bei der Europäischen

⁹⁴⁴ *Imgrund*, S. 130ff.

⁹⁴⁵ Fehlerhafte oder gar absichtlich falsche Angaben, die zu einer Entscheidung nach Art. 10 VO 1/2003 führen, haben keinerlei Sanktionen zur Folge; Art. 23 VO 1/2003 greift nicht; *Weiß* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, 3. A. 2016; VO 1/2003 Art. 4 Rn. 24.

⁹⁴⁶ Zu den Fallgruppen s.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

⁹⁴⁷ *Imgrund*, S. 132.

⁹⁴⁸ Zur Frage der Konsultationspflicht weitergehend unten 7.2.2 (ab Seite 309).

Kommission zukommen müsse.⁹⁴⁹ Oben wurde allerdings herausgearbeitet, dass eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit eines Beschlusses der Europäischen Kommission erforderlich ist, um die Wirkung des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 bzw. die entsprechende primärrechtliche Berücksichtigungspflicht i.S.d. Fallgruppen 1 und 2 auszulösen.⁹⁵⁰ Die Beteiligung am Verwaltungsverfahren genügt also nicht.

Grundsätzlich besteht aber für Dritte eine Anfechtungsbefugnis: Art. 263 Abs. 4 AEUV setzt für die Klage gegen einen belastenden Beschluss keine Adressatenstellung voraus, sondern nur dass "*der Kläger durch die angegriffene Handlung unmittelbar und individuell betroffen ist*",⁹⁵¹ weshalb ein Angriff eines Nicht-Adressaten gegen einen Beschluss nach Art. 10 VO 1/2003 als möglich gilt.⁹⁵² Ein Beschluss nach Art. 10 VO 1/2003 wird nach Art. 30 Abs. 1 VO 1/2003 im Amtsblatt veröffentlicht, was erst die Klagefrist auslöst.⁹⁵³ Dabei ist es entsprechend der *Metropole*-Entscheidung des *EuG*⁹⁵⁴ nicht von Bedeutung, ob sich der Dritte am Verfahren vor der Europäischen Kommission beteiligt hat.⁹⁵⁵ *Imgrund*⁹⁵⁶ bezweifelt allerdings mit Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung der Unionsgerichte, ob eine Klagebefugnis in jedem Fall bestehen kann, in welchem keine Verfahrensbeteiligung erfolgte.

In vielen Fällen werden Dritte damit grundsätzlich die Möglichkeit gehabt haben, gegen eine Positiventscheidung vor den Unionsgerichten vorzugehen, was – im Grundsatz – eine Berücksichtigungspflicht nach Art. 16 VO 1/2003 bzw. eine primärrechtliche Berücksichtigungspflicht im engeren Sinne auslösen wird. Allerdings bleibt das Problem, dass sich damit Nicht-Adressaten nach Veröffentlichung des Beschlusses im Amtsblatt bereits auf Verdacht gegen diesen wehren müssten um sich gegen eine negative Wirkung in Zivilverfahren zu schützen, von denen unbekannt ist, ob es überhaupt zu diesen kommen wird. Zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses ist

⁹⁴⁹ *Imgrund*, S. 156ff; ebenso wohl *Dividier*, S. 445f, der allerdings auf S. 452f auch maßgeblich auf die Rechtsschutzmöglichkeiten des Drittebetroffenen eingeht.

⁹⁵⁰ S.o. 3.3.3(a) (ab Seite 101).

⁹⁵¹ *Ehricke* in *Streinz*, EUV/AEUV, AEUV Art. 263, Rn. 57.

⁹⁵² *Divivier*, S. 446ff.

⁹⁵³ *EuG*, Urt. v. 19. Juni 2009 – T-48/04, ECLI:EU:T:2009:212 – Qualcomm, Rn. 58.

⁹⁵⁴ *EuG*, Urt. v. 11. Juli 1996 – Verbundene Rechtssachen T-528/93, T-542/93, T-543/93 und T-546/93, CLI:EU:T:1996:99 – *Metropole télévision SA* und *Reti Televisive Italiane SpA* und *Gestevisión Telecinco SA* und *Antena 3 de Televisión* gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rn. 61f.

⁹⁵⁵ *Dörr* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL August 2015, AEUV Art. 263, Rn. 92.

⁹⁵⁶ *Imgrund*, S. 158ff.

es sinnvoll und richtig, analog der Überlegungen des *EuGH* in den (beihilfenrechtlichen) Sachen *TWD* und *Atzeni*⁹⁵⁷ eine Berücksichtigungspflicht i.S.d. Fallgruppen 1 und 2 dann abzulehnen, wenn die Klagebefugnis gegen die Entscheidung nach Art. 10 VO 1/2003 nicht auf der Hand lag.⁹⁵⁸ In diesem Fall wäre – um dem Dritten vor dem Zivilgericht ausreichenden Rechtsschutz zu gewähren – davon auszugehen, dass dem Beschluss der Europäischen Kommission nur Orientierungswirkung⁹⁵⁹ zukommt.

3.5.7 Abweisung einer Beschwerde nach Art. 7 Abs. 2 VO 773/2004

Nach Art. 7 Abs. 1, 2 VO 773/2004 kann die Europäische Kommission zu der Auffassung gelangen, *"dass die ihr vorliegenden Angaben es nicht rechtfertigen, einer Beschwerde nachzugehen"* und kann nach Anhörung des Beschwerdeführers *"die Beschwerde durch Entscheidung"* abweisen. Ein solcher Beschluss kann vom Beschwerdeführer vor den Unionsgerichten angegriffen werden, soweit dieser der Auffassung ist, die Europäische Kommission habe ihr Ermessen bei der Frage, ob der Fall aufgegriffen und zum Gegenstand eines Bußgeld- oder Untersagungsbeschlusses gemacht werden soll, nicht richtig ausgeübt; bei der Ermessensentscheidung kommt der Europäischen Kommission im Übrigen ein Beurteilungsspielraum zu, wobei sie nicht nur die Frage einstellen muss, ob ein Verstoß gegen Unionskartellrecht vorliegt, sondern auch, ob dieser ausreichende Signifikanz für den Binnenmarkt aufweist, um ein Aufgreifen sinnvoll erscheinen zu lassen.⁹⁶⁰ Nach Art. 13 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 kann die Europäische Kommission zudem *"eine Beschwerde mit der Begründung zurückweisen, dass sich bereits eine Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats mit dieser Beschwerde befasst"*, wobei ihr bei dieser Entscheidung ein weiter Ermessensspielraum zukommt.⁹⁶¹

Eine Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte im engeren Sinne (Fallgruppen 1 und 2) wird hier in der Regel am Gehalt des Beschlusses scheitern. Noch mehr als bei Beschlüssen nach Art. 9 VO 1/2003 dürfte es im Rahmen des Art. 7 Abs. 2 VO

⁹⁵⁷ *EuGH*, Urt. v. 9. März 1994 – C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 – *TWD*, Rn. 19ff, insbes. Rn. 23, und *EuGH*, Urt. v. 23. Februar 2006 – Verbundene Rechtssachen C-346/03 und C-529/03, ECLI:EU:C:2006:130 – *Atzeni*, Rn. 33, 34.

⁹⁵⁸ S.o. 3.3.5(a) (ab Seite 148).

⁹⁵⁹ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), dort Fallgruppe 3.

⁹⁶⁰ *EuG*, Urt. v. 11. Januar 2017 – T-699/14, ECLI:EU:T:2017:2 – *Topps Europe Ltd gegen Europäische Kommission*, Rn. 63 bis 65, 125ff.

⁹⁶¹ *EuG*, Urt. v. 26. Oktober 2017 – T-431/16, ECLI:EU:T:2017:755 – *VIMC – Vienna International Medical Clinic GmbH gegen Europäische Kommission*, Rn. 23, 25.

773/2004 an einer abschließenden Sachverhaltsfeststellung und -bewertung fehlen.⁹⁶² Selbst eine Orientierungswirkung (Fallgruppe 3) wird in der Regel ausscheiden, wenn die Ablehnung einer Beschwerde schlicht aus Opportunitätsgründen erfolgte, so dass mit der Abweisung der Beschwerde auch nicht zwingend eine (implizite) Billigung eines bestimmten Vorgehens verbunden ist, die sich auf die nationalen Gerichte auswirkt.⁹⁶³

Soweit allerdings das nationale Gericht feststellt, dass der von der Europäischen Kommission zugrundegelegte Sachverhalt und der von ihm zu beurteilende Sachverhalt identisch sind und die Zurückweisung der Beschwerde eindeutig auf der abschließenden Ansicht der Europäischen Kommission beruht, dass ein Verstoß gegen Unionskartellrecht nicht vorliegt, ist dies i.S.d. Fallgruppen 1 und 2 maßgeblich zu berücksichtigen und kann auch von der Absicht, einen solchen Beschluss zu erlassen, eine Berücksichtigungspflicht i.S.d. Fallgruppe 4 ausgehen. Bei Sachverhaltsähnlichkeit geht in solchen Fällen von dem Beschluss zumindest Orientierungswirkung aus.⁹⁶⁴

Soweit es unklar ist, ob ein Beschluss zur Abweisung einer Beschwerde aufgrund einer abschließenden kartellrechtlichen Bewertung oder aus Opportunitätsgründen erfolgte, ist das nationale Gericht gehalten, in eine Konsultation mit der Europäischen Kommission einzutreten.

Schließlich ist anzumerken, dass der Beschwerdeführer kein Recht auf einen die Beschwerde abweisenden Beschluss hat.⁹⁶⁵ Soweit die Beschwerde in solchen Fällen

⁹⁶² *Imgrund*, S. 164f. Ähnlich *Becker/Vollrath* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 21, *Divivier*, S. 433f, und *Schmidt* in *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 15 Rn. 17.

⁹⁶³ Vgl. *EuG*, Urt. v. 16. Mai 2017 – T-480/15, ECLI:EU:T:2017:339 – *Agria Polska sp. z o.o. u. a.* gegen Europäische Kommission, Rn. 82: "*In that regard, it should be noted that any refusal by a national competition authority or the Commission to open an investigation, which may lead to an assessment by one of those administrative authorities as to the existence of an infringement of the competition rules and, where appropriate, the imposition of a financial penalty on the undertakings concerned by that investigation, cannot have the effect of limiting the applicants' right to bring proceedings before the national courts for damages caused by infringement of Articles 101 and 102 TFEU.*" Vgl. auch Pressemitteilung BKartA v. 19. Juli 2017: "*Das bloße Nichtaufgreifen eines Sachverhalts durch das Bundeskartellamt entfaltet [...] keine Bindungswirkung.*"

⁹⁶⁴ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), dort Fallgruppe 3

⁹⁶⁵ *EuG*, Urt. v. 11. Januar 2017 – T-699/14, ECLI:EU:T:2017:2 – *Topps Europe Ltd* gegen Europäische Kommission, Rn. 61.

nur mittels informellem Verwaltungsschreiben beendet wird, gelten die hierfür entwickelten Grundsätze.⁹⁶⁶

3.5.8 Entzug der Freistellungswirkung einer GVO

(a) Einführung

Die Freistellungswirkung einer GVO kann auf der Grundlage von Art. 29 Abs. 1 VO 1/2003 für einen Einzelfall von der Europäischen Kommission entzogen werden. Für bestimmte Marktkonstellationen ist auch der Entzug durch Nichtanwendungsverordnung möglich. Bei der Frage, ob von solchen Maßnahmen der Europäischen Kommission eine Berücksichtigungspflicht ausgeht, ist zu unterscheiden zwischen der Fortgeltung der GVO und dem Aspekt, ob sich aus dem Entzugsakt eine weitergehende Bindungswirkung ergibt.

In der Praxis hat der Entzug der Freistellungswirkung einer GVO – der immer nur zukunftsgerichtete Wirkung hätte⁹⁶⁷ – unter dem Regime der VO 1/2003 bislang keine nennenswerte Rolle gespielt.⁹⁶⁸ Zudem ist die Frage des Entzugs des Freistellungsvorteils nur rudimentär geregelt. Daher ist weitgehend auf allgemeine Überlegungen abzustellen. Erschwert wird dies dadurch, dass die Wirkungsweise der GVOen im Bereich von Art. 101 AEUV umstritten ist. Das Verständnis der Wirkungsweise einer GVO könnte aber die Auswirkung, die der Entzug der Freistellungswirkung auf die Gerichte hat, beeinflussen.

(b) Wirkung einer GVO

Die Europäische Kommission hat – auch unter dem System der VO 1/2003 – die Befugnis, auf der Grundlage einer entsprechenden Ermächtigung durch den Rat Art. 101 Abs. 3 AEUV durch *"Verordnung auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander*

⁹⁶⁶ S.u. Kap. 5 (ab Seite 264).

⁹⁶⁷ Vertikal-LL, Rn. 77, 85; *Dallmann in Schulte/Just*, Kartellrecht, Vertikal-GVO Art. 6, Rn. 11.

⁹⁶⁸ Von bisher keinem Anwendungsfall von Art. 29 VO 1/2003 bzw. Art. 6 VO 330/2010 gehen ebenfalls aus: *Dallmann in Schulte/Just*, Kartellrecht, Vertikal-GVO Art. 6, Rn. 1, 11; *Jaestedt/Zöttel* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 330/2010 Art. 6, Rn. 1; *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, VO 330/2010 Art. 6, Rn. 2. *Zuber*, S. 49, berichtet aus der Zeit der VO 17 von einem unveröffentlichten Fall des OLG Düsseldorf (Urt. v. 11. Februar 1997 – U (Kart) 3/97), in dem der Entzug des Vorteils einer GVO aber vom *EuG* (bestätigt durch den *EuGH*) wieder aufgehoben worden war.

abgestimmten Verhaltensweisen anzuwenden." ⁹⁶⁹ Nationale Gerichte dürfen (und müssen) bestehende GVOen im Zivilprozess anwenden.⁹⁷⁰

Um die Wirkung des Entzugs der Freistellungswirkung einer GVO beurteilen zu können, muss zunächst Wirkung einer GVO bei den nationalen Zivilgerichten betrachtet werden. Streit besteht in der Literatur über die Frage, ob einer GVO nach Einführung des Systems der VO 1/2003 noch konstitutiv-freistellende Wirkung zukommt⁹⁷¹ oder eine GVO nur noch eine entsprechende Feststellung trifft.⁹⁷²

Nach hier vertretener Ansicht weisen schon die oben erwähnten Erwägungsgründe klar in die Richtung, dass auch aus Sicht des Gemeinschaftsgesetzgebers die VO 1/2003 den GVOen nicht ihre konstitutiv-freistellende Wirkung entziehen sollte und auch die Europäische Kommission weiterhin (soweit vom Rat ermächtigt) einen echten "*safe harbour*" schaffen darf, in dem das Kartellverbot des Art. 101 AEUV nicht anwendbar ist. Für die konstitutive Wirkung der GVO spricht auch die Existenz des Art. 29 VO 1/2003.⁹⁷³ Die Regelung des Art. 288 Abs. 2 AEUV, dass Verordnungen "*allgemeine Geltung*" haben und "*in allen ihren Teilen verbindlich*" sind sowie "*in jedem Mitgliedstaat*" gelten, gilt insoweit auch für GVOen.

Die andere Ansicht, die den GVOen nur noch eine feststellende Wirkung, teils spöttisch als "*Gruppen-Negativattest*"⁹⁷⁴ bezeichnet, zukommen lassen möchte, argumentiert mit der direkten Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Die Autoren gehen teils aber gleichwohl von einer Verbindlichkeit der GVOen aus,⁹⁷⁵ die auch für die nationalen Zivilgerichte gelten soll.⁹⁷⁶ Diese Ansicht fühlte sich gestützt von der Europäischen

⁹⁶⁹ VO 1/2003, Erwägungsgrund (10). S.o. 2.3.2(a)(ii) (ab Seite 33).

⁹⁷⁰ S.o. 2.3.3(c)(iii) (ab Seite 51).

⁹⁷¹ O. Weber in Schulte/Just, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 29, Rn. 2; Sura in Langen/Bunte, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 1, Rn. 8ff; Imgrund, S. 66ff; Becker/Vollrath in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 18; Brohm, S. 186; Divivier, S. 339ff.

⁹⁷² Schütz in KöKo Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 29, Rn. 9ff.

⁹⁷³ Weiß in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 3. A. 2016; VO 1/2003 Art. 1 Rn. 7.

⁹⁷⁴ Laut Bartels, S. 39, ein von Deringer geprägter Begriff.

⁹⁷⁵ Schütz in KöKo Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 29, Rn. 11, 13.

⁹⁷⁶ Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 29, Rn. 2: "*unwiderlegbare Vermutung für die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV*".

Kommission, die in ihren Vertikal-LL (nur) davon spricht, dass eine GVO nur eine "*Vermutung der Rechtmäßigkeit*" mit sich bringt.⁹⁷⁷

Die erstgenannte, hier vertretene Ansicht, muss zu dem Ergebnis kommen, dass die GVOen von den nationalen Gerichten zu beachten sind⁹⁷⁸ und die Gerichte bei Zweifeln an der Gültigkeit den *EuGH* nach Art. 267 AEUV befassen können⁹⁷⁹ bzw. müssen. Zweifel, die zu einer solchen Vorlagen führen können, können namentlich dann entstehen, wenn das nationale Gericht der Ansicht ist, dass die GVO mehr freistellt, als im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV zulässig ist.⁹⁸⁰

Autoren wie *Schütz* und *Bartels* möchten GVOen nur noch deklaratorischen Charakter zuschreiben. Vor diesem Hintergrund suggerieren beide,⁹⁸¹ dass ein nationales Gericht eine GVO schlicht verwerfen bzw. nicht anwenden kann, wenn das zu beurteilende Verhalten den Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV überschreitet. Soweit man mit der Formulierung der Europäischen Kommission in den Vertikal-LL (Rn. 23) in einer GVO nur eine "*Vermutung*" der Rechtmäßigkeit einer Handlung sieht, könnte dies in der Tat darauf hindeuten, dass diese Vermutung widerleglich ist. Dann wäre es aber in der Tat konsequent, dass eine Vorlage zum *EuGH* verzichtbar ist.

⁹⁷⁷ Vertikal-LL Rn. 23 ("*begründet die GVO für vertikale Vereinbarungen eine Vermutung der Rechtmäßigkeit*"), Rn. 74 ("*Die mit der GVO begründete Vermutung der Rechtmäßigkeit kann entzogen werden ...*").

⁹⁷⁸ Dies entspricht zumindest auch der früheren Auffassung der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2004 in BZKG101/102, Rn. 8; ebenso *Imgrund*, S. 68, und *Schmidt* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003, Anhang 3, Rn. 2.

⁹⁷⁹ Art. 263 Abs. 4 AEUV erlaubt in der Fassung des Vertrages von Lissabon nun auch Nichtigkeitsklagen gegen "*Rechtsakte mit Verordnungscharakter*", welche den Kläger "*unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen*". Dies könnte auch eine Klagemöglichkeit gegen GVOen ermöglichen und mithin eine Vorlage nach Art. 267 AEUV unzulässig machen. Da GVOen aber i.d.R. begünstigenden Charakter haben, ist dies – wie *Divivier*, S. 347ff, herausarbeitet – einerseits nur bei Konkurrentenklagen denkbar, aber andererseits letztlich auch hier nicht anzunehmen.

⁹⁸⁰ *O. Weber* in *Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 29, Rn. 4. *Divivier*, S. 342, weist darauf hin, dass aus einem Umkehrschluss aus Art. 29 Abs. 1 VO 1/2003 angenommen werden könnte, dass nicht jede Überschreitung der Grenzen des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu einer Unzulässigkeit der GVO führen kann. Dieses Argument lässt sich auch aus der Existenz der Regelungen ableiten, die der Europäischen Kommission die Möglichkeit einräumen, die Wirkung der GVOen durch Verordnung wieder aufzuheben (s.o. Fn. 158, Seite 35). Gegen diese Ansicht könnte der Vorrang des Primärrechts (Art. 101 Abs. 1, 3 AEUV) vorzubringen sein. Diesem Argument steht aber die Existenz des Art. 105 Abs. 3 AEUV entgegen, der das System der GVOen anlegt; deren Wirkung als "safe harbour" wäre untergraben, wenn jegliche Verletzung der Grenzen des Art. 101 Abs. 3 AEUV diese unwirksam machte.

⁹⁸¹ *Schütz* in *KöKo Kartellrecht*, VO 1/2003 Art. 29, Rn. 30; *Bartels*, S. 84, 93, 159ff.

Die im Folgenden untersuchten Aspekte der Berücksichtigungspflicht werden auf der Grundlage von beiden Rechtsansichten untersucht. Dabei wird im Folgenden unter (c) zunächst die Berücksichtigungspflicht bei generellem Entzug und dann unter (d) die Berücksichtigungspflicht bei individuellem Entzug untersucht.

- (c) Berücksichtigungspflicht bei generellem Entzug der Freistellungswirkung durch Verordnung (Nichtanwendungsverordnung)
 - (i) Auf der Grundlage der Ansicht, eine GVO habe konstitutiv-freistellende Wirkung

Die Europäische Kommission wurde vom Rat nicht nur zum Erlass von GVOen ermächtigt, sondern auch zu deren Entzug im Verordnungswege.⁹⁸² Soweit sie hiervon Gebrauch macht, nimmt sie (generell) den Vorteil der GVO, den sie zuvor eingeräumt hat. Dies ist für die nationalen Gerichte insoweit bindend, als sie die einschlägige GVO nicht mehr anwenden können.⁹⁸³ Es steht ihnen dann allerdings noch immer frei, Art. 101 Abs. 3 AEUV gleichwohl (unmittelbar) anzuwenden.⁹⁸⁴

Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 greift nur bei "*Entscheidungen*" (heute: Beschlüssen) und nicht bei "*Verordnungen*"; dies gilt erst recht, wenn die Verordnungsermächtigung – wie hier – außerhalb der VO 1/2003 steht. Eine Berücksichtigungspflicht nach Art. 16 VO 1/2003 kommt mithin nicht in Betracht. Das Gericht muss die Nichtanwendungsverordnung vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen als unmittelbar anwendbares Sekundärrecht anwenden.

Soweit der Nichtanwendungsverordnung bestimmte fallbezogenen Wertungen zugrunde liegen, sind diese (nur) i.S.d. Fallgruppe 3⁹⁸⁵ von den Gerichten zu würdigen, nicht aber die Auffassung der Europäischen Kommission zu einzelnen Tatsachen und ihre Würdigung bindend zugrundezulegen. Dies gilt schon deshalb, weil eine Beteiligung der von der Nichtanwendungsverordnung betroffenen Unternehmen bei deren Vorbereitung nicht zwingend und wohl nicht einmal wahrscheinlich ist.

⁹⁸² S.o. 2.3.2(a)(ii) (ab Seite 33) insbes. das Beispiel in Fn. 158 (Seite 35).

⁹⁸³ So wohl auch *Zuber*, S. 49, für die Zeit der Anwendbarkeit der VO 17.

⁹⁸⁴ Vertikal-LL, Rn. 80; *Dallmann* in *Schulte/Just*, Kartellrecht, Vertikal-GVO Art. 6, Rn. 5.

⁹⁸⁵ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

- (ii) Auf der Grundlage der Ansicht, eine GVO habe nur deklaratorische Wirkung

Wenn die GVO ohnehin nur deklaratorische Wirkung hätte und die Gerichte bezüglich der GVOen eine Verwerfungskompetenz hätten (was nach hier vertretener Ansicht nicht der Fall ist), ergäbe sich zur Frage der Bindungswirkung für die nationalen Gerichte im Fall von Nichtanwendungsverordnung kein anderes Ergebnis. Diese Auffassung zugrunde gelegt muss erst recht gelten, dass die Nichtanwendungsverordnung und die Überlegungen der Europäischen Kommission, die zu deren Erlass gelten, nicht mehr als Indizwirkung haben.

- (d) Berücksichtigungspflicht bezogen auf Beschlüsse über den Entzug der Freistellungswirkung nach Art. 29 VO 1/2003

- (i) Auf der Grundlage der Ansicht, eine GVO habe konstitutiv-freistellende Wirkung

Bis zum Inkrafttreten der VO 1/2003 regelten die Verordnungen, welche die Europäische Kommission zum Erlass von GVOen ermächtigten, die Möglichkeit des Entzugs deren Vorteils im Einzelfall. Mit der VO 1/2003 wurde die entsprechende Regelung dorthin zentral als Art. 29 VO 1/2003 überführt.⁹⁸⁶ Die Norm erlaubt es der Europäischen Kommission, die freistellende Wirkung einer GVO im Einzelfall *ex nunc*⁹⁸⁷ aufzuheben, wenn sie *"feststellt, dass eine Vereinbarung, ein Beschluss oder eine abgestimmte Verhaltensweise, für die die Gruppenfreistellungsverordnung gilt, Wirkungen hat, die"* mit Art. 101 Abs.3 AEUV *"unvereinbar sind"*.

Zunächst ist die Rechtsform dieses Entzugs zu bestimmen: Die Europäische Kommission muss nach Art. 30 VO 1/2003 die *"Entscheidungen"*, die sie nach den Art. 7 bis 10, 23 und 24 VO 1/2003 erlässt, veröffentlichen. Die einzelfallbezogene Aufhebung der Wirkung einer GVO nach Art. 29 VO/1/2003 ist dort nicht erwähnt. Ebenso fehlt in Art. 29 VO 1/2003 das Wort *"Entscheidung"*, welches Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 verwendet. Gleichwohl sieht die Literatur den einzelfallbezogenen Entzug der Freistellungswirkung einer GVO ohne weiteres als *"Entscheidung"* (heute: Beschluss) im formalen Sinne, gegen die *"Rechtschutz nach den allgemeinen*

⁹⁸⁶ Zu Einzelheiten vgl. *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 29, Rn. 9.

⁹⁸⁷ *Dividier*, S. 454.

Grundsätzen gegeben" ist.⁹⁸⁸ Hierfür spricht auch die Entstehungsgeschichte, denn der Wunsch der Europäischen Kommission, hier ein Verordnungsrecht einzuräumen, setzte sich nicht durch.⁹⁸⁹

Ein solcher Beschluss unterliegt ohne Weiteres der Berücksichtigungspflicht im engeren Sinne aus dem Primärrecht⁹⁹⁰ und auch die Anwendbarkeit von Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 ist anzunehmen.⁹⁹¹

Die Annahme einer Berücksichtigungspflicht bezogen auf einen Beschluss der Europäischen Kommission im Einzelfall den Vorteil einer GVO zu entziehen, ist auch aus systematischen Gründen richtig: Der Europäischen Kommission kommt zum einen das Recht zu, GVOen (nach deren Ablauf) nicht erneut zu erlassen. Zum anderen kann sie – wie oben dargestellt – per Verordnung bestimmte Gruppen von Vereinbarungen aus dem Anwendungsbereich der GVO herausnehmen. Diese Maßnahmen wären von den nationalen Gerichten zu beachten: Sie könnten jeweils die freistellende Wirkung der GVO nicht mehr in ihre Entscheidung einbinden. Daher erscheint es nur konsequent, dass der einzelfallbezogene Entzug als Minus zum Freistellungsentzug per Verordnung die gleiche Wirkung hat, d.h. das nationale Gericht die entsprechende GVO auf den entsprechenden Einzelfall nicht mehr anwenden kann. Es ist nicht zu erkennen, dass Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 diese Wirkung nicht erreichen wollte.⁹⁹²

Damit ist eine Bindung des nationalen Gerichts anzunehmen, soweit die Europäische Kommission konkret oder abstrakt, bezogen auf die vom Zivilgericht betrachtete Konstellation, zu Lasten der betroffenen Partei des Zivilrechtsstreits die Wirkung der GVO entzogen hat.

Fraglich ist, ob den Gerichten in solchen Konstellationen noch immer die Möglichkeit bliebe, eine Freistellung auf der Grundlage von Art. 101 Abs. 3 AEUV in unmittelbarer

⁹⁸⁸ *Bischke/Schirra* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2001 Art. 29, Rn. 6; *O. Weber* in *Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 29, Rn. 5.

⁹⁸⁹ *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 29, Rn. 2.

⁹⁹⁰ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), dort Fallgruppen 1 und 2 (und für beabsichtigte Beschlüsse Fallgruppe 4).

⁹⁹¹ *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 9; *Schneider* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 8; *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5; *Becker/Vollrath* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 18.

⁹⁹² *Dividier*, S. 453, sieht mit einer ähnlichen Argumentation eine Bindungswirkung als "*teleologisch ... geboten*".

Anwendung anzunehmen.⁹⁹³ Soweit ersichtlich hat diese Frage bislang in Literatur und Rechtsprechung keine Rolle gespielt.

Nach dem Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 VO 1/2003 geht mit den Entzug der Freistellung einher, dass die Europäische Kommission "*feststellt, dass eine Vereinbarung, ein Beschluss oder eine abgestimmte Verhaltensweise, für die die Gruppenfreistellungsverordnung gilt, Wirkungen hat, die*" mit Art. 101 Abs. 3 AEUV "*unvereinbar sind*".⁹⁹⁴ Diese Feststellung dürfte für den Beschluss als tragend anzusehen sein. Mit einem Beschluss nach Art. 29 Abs. 1 sind daher – wie bei Beschlüssen nach Art. 7 VO 1/2003 i.V.m. Art. 101 AEUV – konkrete Wertungen der Europäischen Kommission eines bestimmten Verhaltens von Unternehmen verbunden, die analog Art. 7 VO 1/2003 zum operativen Teil der Entscheidung gehörig gezählt werden können und die mithin vom Zivilgericht berücksichtigungspflichtige Feststellungen enthalten (Fallgruppe 1 und 2 sowie – bei hinreichender Absicht – auch 4), es sei denn, es bestand keine Möglichkeit der betroffenen Parteien, sich gegen den Beschluss zu wehren (dann Fallgruppe 3).

- (ii) Auf der Grundlage der Ansicht, eine GVO habe nur deklaratorische Wirkung

Bartels leitet aus seiner Sicht, GVOen komme keine Bindungswirkung zu, ab, auch dem Entzug der Freistellungswirkung komme keine Bindung zu.⁹⁹⁵ Dies greift allerdings zu kurz. Selbst wenn man mit Teilen der Literatur in der GVO nur eine Feststellung zur Rechtslage und im Entzug der Freistellung spiegelbildlich einen rein "*deklaratorischen*" Akt sieht,⁹⁹⁶ oder mit der Europäischen Kommission vom Entzug der "*Vermutung der Rechtmäßigkeit*" ausgeht,⁹⁹⁷ muss der Entzug eine Wirkung haben. Denn auch diese Auffassung muss – wie oben dargestellt – davon ausgehen, dass die Europäische Kommission mittels eines Beschlusses nach Art. 288 Abs. 4 AEUV vorgeht und dabei auf der Grundlage intensiver und abschließender Ermittlungen entscheidet. Es ist nur konsequent, dass ein solcher Beschluss, was die Bewertung nach

⁹⁹³ Diese Frage stellt sich nur für die Zeit ab Eingreifen des Beschlusses nach Art. 29 VO 1/2003; zuvor gilt noch die freistellende Wirkung der GVO, da der Beschluss des Freistellungsentzugs nur *ex nunc* wirkt; *Divivier*, S. 454.

⁹⁹⁴ Ebenso *Bischke/Schirra* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2001 Art. 29, Rn. 3.

⁹⁹⁵ *Bartels*, S. 163.

⁹⁹⁶ *Schütz* in KöKo Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 29, Rn. 16, 27.

⁹⁹⁷ Vertikal-LL, Rn. 74; *Bartels*, S. 164, scheint in GVOen eine Art *soft law* zu sehen.

Art. 101 AEU angeht, eine Berücksichtigungspflicht in dem Umfang hat wie oben unter (i) beschrieben.

3.5.9 Anordnung einstweiliger Maßnahmen zur Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV sowie entsprechende Bußgeldentscheidungen

Nach Art. 8 VO 1/2003 kann die Europäische Kommission in dringenden Fällen auf der Grundlage einer *prima facie* festgestellten Zuwiderhandlung durch Entscheidung einstweilige Maßnahmen anordnen. In der Literatur wird in der Regel und oft ohne weitere Begründung⁹⁹⁸ vertreten, dass die Berücksichtigungspflicht des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 auch einstweilige Maßnahmen erfasse.⁹⁹⁹ Das ist im Grundsatz nachvollziehbar, weil es dem vom *EuGH*¹⁰⁰⁰ (allerdings zu Art. 16 Abs. 2 VO 1/2003) angenommenen systematischen Ansatz entspricht. Es ist allerdings zu bedenken, dass Anordnungen nach Art. 8 VO 1/2003 gerade keine endgültige Bewertung der Sachlage beinhalten. Daher kann der Grad der Berücksichtigungspflicht nach hier vertretener Auffassung nicht dem einer (bestandskräftigen) Entscheidung nach Art. 7 VO 1/2003 entsprechen. Vielmehr muss die Vorläufigkeit der materiell-rechtlichen Bewertung berücksichtigt werden.¹⁰⁰¹

Die Situation des Art. 8 VO 1/2003 geht über die bloße Eröffnung eines Verfahrens hinaus. Damit ist ein solcher Beschluss mehr als ein unverbindlicher Orientierungspunkt. Die Umstände sind aber auch nicht vergleichbar mit der Situation, in der eine verfahrensabschließende Entscheidung nach Art. 7 VO 1/2003 vorliegt. Selbst wenn der Beschluss einer einstweiligen Anordnung rechtskräftig wird, bleibt die zugrundeliegende Wertung vorläufig und steht die Erwartung im Raum, dass im

⁹⁹⁸ Auch *Imgrund*, S. 138, kommt zu dem Befund, dass eine Auseinandersetzung mit der Frage, warum eine Bindungswirkung (Feststellungswirkung) ebenso wie bei endgültigen Beschlüssen bestehen soll, in der Literatur weitgehend unterbleibt.

⁹⁹⁹ *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 9; *Schneider* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 8; *Bechtold/Bosch/Brinker*, *EU-Kartellrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5; *Schmidt* in *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 15 Rn. 20.

¹⁰⁰⁰ *EuGH*, Urt. v. 14. Februar 2012 - C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72 – *Toshiba*, Rn. 87: "*Anders als das vorlegende Gericht und einige Klägerinnen des Ausgangsverfahrens meinen, erfasst Art. 16 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 aufgrund seines weiten Wortlauts und seiner systematischen Stellung im Kapitel über die Zusammenarbeit alle denkbaren Entscheidungen, die die Kommission auf der Grundlage der Verordnung Nr. 1/2003 getroffen haben kann, ohne sich auf einen bestimmten Entscheidungstyp zu beschränken.*" Bejaht von *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2017 – C-547/16, ECLI:EU:C:2017:692 – *Gasorba*, Rn. 29.

¹⁰⁰¹ Ebenso *Divivier*, S. 436.

Hauptsacheverfahren die Sache einer endgültigen Klärung zugeführt wird. Da diese Erwartung nicht zwingend erfüllt wird, entspricht die Situation am ehesten der der Fallgruppe 4, in welcher von einer hinreichenden Absicht der Europäischen Kommission ausgegangen wird. Sollte die Europäische Kommission auf einen Beschluss in der Hauptsache verzichten (und also keine Absicht zu einem endgültigen Beschluss mehr bestehen), die einstweilige Anordnung aber in der Welt bleiben, ist sie nach hier vertretener Auffassung – gerade weil sie nur vorläufige Beurteilungen enthält – nur im Sinn der Fallgruppe 3 als Orientierungspunkt zu behandeln. Insoweit hat das nationale Gericht zu prüfen, ob durch Zeitablauf seit dem Erlass der einstweiligen Regelung die hinreichende Absicht zu einer endgültigen Entscheidung wieder entfallen ist.¹⁰⁰²

3.5.10 Sektoruntersuchungen

Nach Art. 17 VO 1/2003 kann die Europäische Kommission – wenn *"die Entwicklung des Handels zwischen Mitgliedstaaten, Preisstarrheiten oder andere Umstände vermuten"* lassen, *"dass der Wettbewerb im Gemeinsamen Markt möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist"* – die *"Untersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweigs oder"* sektorübergreifend *"einer bestimmten Art von Vereinbarungen durchführen"*. Die Europäische Kommission kann im *"Rahmen dieser Untersuchung ... von den betreffenden Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen die Auskünfte verlangen, die zur Durchsetzung von Artikel 81 und 82 des Vertrags notwendig sind, und die dazu notwendigen Nachprüfungen vornehmen."*

Solche Sektoruntersuchungen werden in der Regel durch einen Beschluss eröffnet.¹⁰⁰³ Dennoch kommen solchen Untersuchungen im Rahmen des Primärrechts keine Berücksichtigungspflichten zu und sind auch im Rahmen des Art. 16 VO 1/2003 ohne Belang. Soweit ersichtlich wurde in der Literatur ein solcher Zusammenhang auch nie hergestellt. Dies ist nicht nur deshalb richtig, weil Art. 17 VO 1/2003 keine *"Entscheidung"* vorsieht und also nicht mit dem Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 korrespondiert, sondern auch, weil der Beschluss, eine Sektoruntersuchung vorzunehmen noch weniger als die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens¹⁰⁰⁴ ausreichender Ausdruck der Absicht der Europäischen Kommission ist, einen (bestimmten) Beschluss mit einer Aussage zur materiellen Anwendung von

¹⁰⁰² S.o. 3.3.3(e)(ix) (ab Seite 131).

¹⁰⁰³ *Bischke/Schirra* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, Rn. 4; *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 17, Rn. 6.

¹⁰⁰⁴ S.o. 3.3.3(e)(iv) (ab Seite 124).

Art. 101 oder 102 AEUV zu erlassen. Hierfür spricht auch, dass die Sektoruntersuchung nur mit einem "*Bericht*" beendet wird, der nicht unmittelbar in (adressatengerichtete) Verfahren einfließen darf, sondern allenfalls deren Auslöser sein kann.¹⁰⁰⁵ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 17 Abs. 3 VO 1/2003, wonach der Bericht die Grundlage für eine Stellungnahme interessierter Parteien darstellt.¹⁰⁰⁶

3.6 Anwendung der Berücksichtigungspflicht auf die verschiedenen Beschlussarten im Beihilfenrecht

3.6.1 Einführung

In diesem Unterabschnitt wird untersucht, ob sich für die einzelnen Beschlussarten der Europäischen Kommission im Beihilfenrecht auf der Basis der Ergebnisse aus Abschnitt 3.3¹⁰⁰⁷ Besonderheiten ergeben. Eine sekundärrechtliche Regelung einer Pflicht der nationalen Gerichte, Beschlüsse der Europäischen Kommission zu berücksichtigen (wie das das EU-Kartellrecht mit Art. 16 VO 1/2003 vorsieht¹⁰⁰⁸) gibt es nicht.

Die Befassung nationaler Zivilgerichte mit dem Beihilfenrecht ist auf der Ebene des Primärrechts weitgehend auf Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV begrenzt.¹⁰⁰⁹ Dieser sieht vor, dass die Mitgliedstaaten beabsichtigte neue Beihilfen und Umgestaltungen von Beihilfen erst nach Freigabe durch die Europäische Kommission umsetzen dürfen. Ein zentrales Element der Prüfung der nationalen Gerichte bei Anwendung dieser Norm ist die Auslegung des Begriffs "*Beihilfe*". Insbesondere hier wird das Berücksichtigungsgebot bezogen auf (beabsichtigte bzw. bereits erlassene) Beschlüsse der Europäischen Kommission relevant.

¹⁰⁰⁵ *Bischke/Schirra* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, Rn. 8.

¹⁰⁰⁶ *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 17, Rn. 9.

¹⁰⁰⁷ Ab Seite 79.

¹⁰⁰⁸ S.o. 3.4 (ab Seite 161).

¹⁰⁰⁹ S.o. 2.3.3(d)(i)(B) (ab Seite 55).

3.6.2 Beschlüsse, wenn die Europäische Kommission davon ausgeht, dass eine Beihilfe vorliegt (keine Einwände; Positivbeschluss; Negativbeschluss)

Im Rahmen der vorläufigen Prüfung einer angemeldeten Maßnahme kann die Europäische Kommission, wenn sie das Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV annimmt (oder unterstellt), nach Art. 4 Abs. 3 VO 2015/1589 beschließen, dass "*die Maßnahme mit dem Binnenmarkt vereinbar ist*". In der Terminologie der VO 2015/1589 wird dies „*Beschluss, keine Einwände zu erheben*“ genannt.

Nach Art. 9 Abs. 3 VO 2015/1589 kann die Europäische Kommission im förmlichen Prüfverfahren ("*gegebenenfalls nach Änderung durch den betreffenden Mitgliedstaat*") feststellen, dass "*die Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist*". In der Terminologie der VO 2015/1589 wird dies als "*Positivbeschluss*" bezeichnet. Nach Abs. 4 kann die Europäische Kommission "*einen Positivbeschluss mit Bedingungen und Auflagen verbinden*".

Nach Art. 9 Abs. 5 VO 2015/1589 kann die Europäische Kommission im förmlichen Prüfverfahren einen "*Negativbeschluss*" fassen, wenn sie zu dem Schluss gekommen ist, dass "*die angemeldete Beihilfe mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist*". Dabei entscheidet sie, dass die "*Beihilfe nicht eingeführt werden darf*".

Diesen drei Beschlussarten ist die Feststellung (oder – im Fall des Art. 4 Abs. 3 VO 2015/1589 – zumindest die Annahme) inhärent, dass die betrachtete Maßnahme eine Beihilfe darstellt.

Die genannten Beschlüsse sind mitgliedstaatengerichtet (Art. 31 Abs. 2 VO 2015/1589) und damit für die nationalen Gerichte unmittelbar verbindlich.¹⁰¹⁰ Aus dem Loyalitätsgebot i.V.m. dem Gedanken der Rechtssicherheit, Art. 17 EUV und dem *effet utile* der beihilfenrechtlichen Vorschriften lässt sich für solche Beschlüsse darüber hinaus ein Berücksichtigungsgebot i.S. der Fallgruppen 1 und 2 ableiten.¹⁰¹¹ Soweit die Europäische Kommission eine Beihilfe angenommen hat, darf das nationale Gericht dies also nicht¹⁰¹² bzw. nur im Rahmen einer Vorlage nach Art. 267 AEUV¹⁰¹³ (oder einer Konsultation mit der Europäischen Kommission) in Frage stellen und darf (und

¹⁰¹⁰ S.o. 3.3.2(d) (ab Seite 95).

¹⁰¹¹ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

¹⁰¹² *BVerwG*, Urt. v. 17. Februar 1992 – 11 C 47/92 – juris, Rn. 10; *BFH*, Urt. v. 12. Oktober 2000 – III R 35/95 – juris, Rn. 27ff; Sächsisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 13. April 2015 – 5 A 409/13 – juris, Rn. 15; *Quigley*, S. 631f.

¹⁰¹³ BZKGBei, Rn. 17.

muss) sich (ansonsten) ausschließlich mit dem Verstoß des Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV auseinandersetzen,¹⁰¹⁴ was die – vom Gericht zu prüfende¹⁰¹⁵ – Frage umfassen kann, ob für die angenommene Beihilfe eine GVO freistellend wirkt, wobei auch dort eine Festlegung der Europäischen Kommission in ihrem Beschluss i.S.d. Fallgruppen 1 und 2 (und im Fall hinreichender Absicht i.S.d. Fallgruppe 4) berücksichtigt werden muss.

Vor Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses der Europäischen Kommission muss das Gericht berücksichtigen, dass sich die Bewertung noch ändern kann,¹⁰¹⁶ denn es ist denkbar, dass sich der betroffene Mitgliedstaat oder die Betroffenen selbst vor Eintritt der Bestandskraft vor den EU-Gerichten gegen einen solchen Beschluss wehren.¹⁰¹⁷

Das *BVerwG* geht davon aus, dass Beschlüsse, keine Einwände zu erheben, nach Art. 4 Abs. 3 VO 2015/1589 die nationalen Gerichte nicht von einer eigenen Prüfung entbinden.¹⁰¹⁸ Es argumentiert, die Europäische Kommission habe insoweit nur "vorläufig" geprüft und das nationale Gericht sei so frei, aufgrund eigener Prüfung zu einem anderen Ergebnis zu kommen.¹⁰¹⁹ Dem *BVerwG* ist zuzustimmen, soweit es annimmt, eine Berücksichtigungspflicht entfalle, soweit die Europäische Kommission es offengelassen hat, ob eine Beihilfe vorliegt, denn – wie oben dargestellt¹⁰²⁰ – geht die Berücksichtigungspflicht nicht weiter als die Tiefe des Beschlusses der Europäischen Kommission.

Auch ist es richtig, dass das nationale Gericht bei Bewertungen auf der Grundlage einer nur begrenzten Befassung der Europäischen Kommission, wie sie einem Beschluss von Art. 4 Abs. 3 VO 2015/1589 inhärent sind, zu einer Prüfung aufgerufen sind, ob der betrachtete Sachverhalt tatsächlich identisch ist.¹⁰²¹ Kommt es dabei zur Feststellung der Identität des Sachverhalts, kann das nationale Gericht allerdings nicht zu einer anderen

¹⁰¹⁴ *Quigley*, S. 634, 635, mit richtigem Verweis auf *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – SFEI, Rn. 44.

¹⁰¹⁵ S.o. 2.3.3(d)(i)(B) (ab Seite 55), dort Seite 57; vgl. auch 2.3.3(c)(iii) (ab Seite 51).

¹⁰¹⁶ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), dort Fallgruppe 2.

¹⁰¹⁷ *Ehricke* in *Streinz*, EUV/AEUV, AEUV Art. 263, Rn. 64f; *N. Niejahr* in *MüKo Beihilfenrecht*, VerfahrensR, Rn. 91.

¹⁰¹⁸ *Rennert*, *EuZW* 2017, 567, 569ff.

¹⁰¹⁹ *BVerwG*, Urt. v. 26. Oktober 2016 – 10 C 3/15, ECLI:DE:BVerwG:2016:261016U10C3.15.0 – juris, Rn. 22ff.

¹⁰²⁰ S.o. 3.3.3(c) (ab Seite 110).

¹⁰²¹ S.o. 3.3.3(b) (ab Seite 108); mit diesem Ergebnis auch *Rennert*, *EuZW* 2017, 567, 569f.

beihilfenrechtlichen Bewertung kommen, sondern ist aufgrund der oben festgestellten primärrechtlichen Berücksichtigungspflichten (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen – Fallgruppen 1 und 2) an die beihilfenrechtliche Bewertung der Europäischen Kommission gebunden.¹⁰²² Dies ergibt sich bereits aus dem Loyalitätsgebot i.V.m. dem Gebot der Rechtssicherheit unter Berücksichtigung der besonderen Rolle, die der Europäischen Kommission im Beihilfenrecht bereits primärrechtlich zukommt,¹⁰²³ so dass es auf die Frage des Umfangs der Verbindlichkeit i.S.d. Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV¹⁰²⁴ nicht ankommt.¹⁰²⁵ Hält das Gericht den Beschluss der Europäischen Kommission für falsch, weil es zusätzliche Sachverhaltselemente ermittelt hat, die die Europäische Kommission (vermeintlich) außer Betracht gelassen hat (oder weil sich der Sachverhalt geändert hat¹⁰²⁶), muss es – so letztlich auch das *BVerwG*¹⁰²⁷ – (ggf. nach einer Konsultation mit der Europäischen Kommission) den Weg zum *EuGH* beschreiten.

Eine Pflicht des nationalen Gerichts, die Sache vom *EuGH* klären zu lassen, kann sich auch ergeben, wenn, wie es das *BVerwG* annimmt,¹⁰²⁸ kein effektiver Rechtsschutz der belasteten Partei gegen den Beschluss der Europäischen Kommission gegeben war.¹⁰²⁹ Dies gilt auch dann, wenn – wie im Fall des *BVerwG* – zwar der relevante Beschluss vor dem *EuGH* geprüft, die Einordnung der Maßnahme als Beihilfe dabei aber nicht

¹⁰²² *Karpenstein/Dorn*, EuZW 2017, 337, 339; v. *Oppen/Schmeichel*, NVwZ 2017, 974f; im Ergebnis so wohl auch *Soltész*, EuZW 2018, 60, 67. Dies gilt – wie im vorangegangenen Absatz beschrieben – allerdings nur, wenn die Europäische Kommission wirklich zu einer Bewertung gekommen ist und das Vorliegen einer Beihilfe nicht lediglich unterstellt hat.

¹⁰²³ S.o. 3.3.2(b) (ab Seite 85) und 3.3.2(c)(ii) (ab Seite 95).

¹⁰²⁴ Auf die etwa *Dorn*, EWS 2016, 323, 326, eingeht.

¹⁰²⁵ Soweit die Frage der Einordnung einer Maßnahme im regelnden Teil des Beschlusses aufgenommen wurde, kommt dieser zusätzlich nach Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV Verbindlichkeit zu.

¹⁰²⁶ *EuGH*, Urt. v. 15. September 2015 – C-574/14, ECLI:EU:C:2016:686 – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S. A. gegen Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Rn. 38 bis 40.

¹⁰²⁷ *Held-Daab*, jurisPR-BVerwG 3/2017, Anm. 2.

¹⁰²⁸ *BVerwG*, Urt. v. 26. Oktober 2016 – 10 C 3/15, ECLI:DE:BVerwG:2016:261016U10C3.15.0 – juris, Rn. 26; *Rennert*, EuZW 2017, 567, 569.

¹⁰²⁹ S.o. 3.3.3(d) (ab Seite 116) sowie 3.3.5(a) (ab Seite 148); *Held-Daab*, jurisPR-BVerwG 3/2017, Anm. 2. Vgl. allerdings zur Möglichkeit, gegen einen Positivbeschluss nach Art. 4 Abs. 3 VO 2015/1589 vorzugehen, *Weiß*, ZHR 180 (2016), S. 80, 87ff, 97ff; auch v. *Oppen/Schmeichel*, NVwZ 2017, 974f, argumentieren, dass das Argument des *BVerwG* angesichts bestehender Rechtsschutzmöglichkeiten nicht stichhaltig sein dürfte.

geprüft und nicht über sie entschieden wurde sowie zweifelhaft ist, ob aus Sicht des *EuGH* eine Beihilfe vorliegt.¹⁰³⁰

3.6.3 Feststellung, dass keine Beihilfe vorliegt

Nach Art. 4 Abs. 2 VO 2015/1589 kann die Europäische Kommission im Rahmen ihrer vorläufigen Prüfung nach Art. 4 VO 2015/1589 "*durch Beschluss*" feststellen, dass die angemeldete Maßnahme keine Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV darstellt. Gleiches ist nach Art. 9 Abs. 2 VO 2015/1589 auch im Rahmen des förmlichen Prüfverfahrens möglich. Diese Beschlüsse unterfallen unproblematisch der primärrechtlichen Berücksichtigungspflicht (Fallgruppen 1 und 2), da das Nicht-Vorliegen des Beihilfencharakters im regelnden Teil des Beschlusses enthalten ist und mithin die nationalen Gerichte schon nach Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV bindet,¹⁰³¹ wobei für die Beschlüsse nach Art. 4 Abs. 2 VO 2015/1589 die vorstehenden Überlegungen zu Art. 4 Abs. 3 VO 2015/1589 gelten:¹⁰³² Die dortige Fallgruppe, dass die Europäische Kommission das Vorliegen einer Beihilfe offen gelassen hat, kann hier zwar nicht vorliegen, wohl aber Zweifel an der Sachverhaltsidentität; insoweit muss das Gericht bei Zweifeln (ggf. nach Konsultation mit der Europäischen Kommission) den Weg zum *EuGH* beschreiten. Bei fehlender Sachverhaltsidentität aber hinreichender Sachverhaltsähnlichkeit greift Fallgruppe 3.

3.6.4 Genehmigungsfiktion nach Art. 4 Abs. 6 VO 2015/1589

Art. 4 Abs. 5 und 6 VO 2015/1589 sehen eine Genehmigungsfiktion vor, wenn die Europäische Kommission nicht innerhalb bestimmter Fristen eine Entscheidung nach den Abs. 3, 4 oder 5 getroffen hat. Die Regelung geht auf die Entscheidung *Lorenz* des *EuGH*¹⁰³³ zurück,¹⁰³⁴ der dort – da es damals eine vergleichbare Regelung nicht gab – offenbar ein Bedürfnis sah, der Europäischen Kommission eine Zeitbegrenzung vorzugeben und die Klagefristen zum *EuGH* (heute Art. 263 Abs. 6, Art. 265 Abs. 2 AEUV) analog heranzog.¹⁰³⁵ Allerdings geht die sekundärrechtliche Regelung weiter als die Auslegung des Primärrechts durch den *EuGH* in der Entscheidung *Lorenz*, da die Europäische Kommission nach Notifikation der Durchführung durch den

¹⁰³⁰ *Held-Daab*, jurisPR-BVerwG 3/2017, Anm. 2.

¹⁰³¹ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), dort Fallgruppen 1, 2 und 4.

¹⁰³² S.o. 3.6.2 (ab Seite 216).

¹⁰³³ *EuGH*, Urt. v. 11. Dezember 1973 – 120/73, ECLI:EU:C:1973:152 – *Lorenz*, Rn. 4.

¹⁰³⁴ *Werner* in MüKo Beihilfenrecht, VerfVO Art. 4, Rn. 10.

¹⁰³⁵ S.o. 3.3.3(e)(ix) (ab Seite 131).

Mitgliedstaat noch 15 Arbeitstage Zeit hat, den Beschluss doch noch zu erlassen; ab Eintritt der Fiktion gilt die Maßnahme als bestehende Beihilfe.¹⁰³⁶

Die Genehmigungsfiktion heilt allerdings nicht vorzeitige Durchführungen von Maßnahmen i.S.d. Art. 108 Abs. 3 AEUV, worüber die nationalen Gerichte entscheiden können.¹⁰³⁷ Fraglich ist, ob in einer Konstellation, in welcher ein Gericht über eine vorzeitig durchgeführte Maßnahme entscheiden muss, für die später die Genehmigungsfiktion griff, das Gericht die Fiktion wie einen Beschluss berücksichtigen muss.

Oben¹⁰³⁸ wurde herausgearbeitet, dass – in Abwesenheit einer Genehmigungsfiktion – bei längerer Verfahrensdauer bei der Europäischen Kommission die Frage der Berücksichtigungspflicht bezogen auf einen nur beabsichtigten Beschluss von den Umständen des Einzelfalls abhängt und das Zivilgericht das Ziel der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts und die primärrechtlich geregelten Verfahrensrechte der Parteien gegeneinander abwägen muss.

Die Situation ist im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 6 VO 2015/1589 anders. Hier wird – unter Beachtung der Einzelheiten der Norm, insbesondere eines fruchtlosen Hinweises des betroffenen Mitgliedstaats an die Europäische Kommission – ein Beschluss der Europäischen Kommission fingiert und ist daher ein tatsächlicher Beschluss der Europäischen Kommission nicht mehr zu erwarten. Diese gesetzliche Fiktion ist offensichtlich kein Beschluss der Europäischen Kommission im Sinne einer willensbildenden Tätigkeit.

Dennoch könnte ein für die Gerichte relevanter Beschluss zu unterstellen sein: Art. 32 VO 2015/1589, welcher die Veröffentlichung regelt, sieht in Abs. 4 auch eine *"kurze Mitteilung im Amtsblatt der Europäischen Union"* zu *"Fällen, in denen Artikel 4 Absatz 6 oder Artikel 10 Absatz 2 anwendbar"* ist, vor. Da diese Regelung mit *"Veröffentlichung der Beschlüsse"* (Hervorhebung nur hier) überschrieben ist, könnte

¹⁰³⁶ Werner in MüKo Beihilfenrecht, VerfVO Art. 4, Rn. 16.

¹⁰³⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 11. November 2015 – C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 – Klausner Holz, Rn. 23: *"Das Einschreiten der nationalen Gerichte beruht auf der unmittelbaren Wirkung, die dem in Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ausgesprochenen Verbot der Durchführung von beabsichtigten Beihilfemaßnahmen zuerkannt wird. In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof klargestellt, dass die unmittelbare Anwendbarkeit des in dieser Bestimmung enthaltenen Durchführungsverbots jede Beihilfe betrifft, die durchgeführt wird, ohne dass sie angezeigt wurde"* Deutlicher wird dies in der französischen und englischen Sprachfassung (*"toute aide qui aurait été mise à exécution sans être notifiée"*, *"all aid which has been implemented without being notified"*).

¹⁰³⁸ S.o. 3.3.3(e)(ix) (ab Seite 131).

man annehmen, dass auch in der gesetzlichen Fiktion ein Beschluss zu sehen ist. Dies wird durch die Literaturmeinung gestärkt, die es für möglich hält, dass Dritte gegen die gesetzliche Fiktion wie gegen einen Beschluss der Europäischen Kommission vorgehen können.¹⁰³⁹ Allerdings, so *Bartosch*¹⁰⁴⁰ überzeugend, soll dieses Recht nur hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 5 VO 2015/1589 bestehen.

Entscheidend ist hier letztlich, dass die Genehmigungsfiktion zwar ab ihrem Eintreten eine Regelungswirkung hat, die selbstverständlich von dem nationalen Gericht maßgeblich nach Art. 288 Abs. 2 AEUV zu berücksichtigen ist, diese Fiktion aber keine Aussage zu der Frage enthält, ob tatsächlich eine Beihilfe vorliegt.¹⁰⁴¹ Soweit das nationale Gericht einen Verstoß von Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV beurteilen muss, kann es aufgrund der gesetzlichen Fiktion nicht von einer bestimmten Rechtsauffassung der Europäischen Kommission ausgehen. Es ist in seiner Beurteilung, ob überhaupt eine Beihilfe vorliegt, frei.

3.6.5 Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens

(a) Berücksichtigungspflicht

Es wurde bereits oben festgestellt, dass der Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens aufgrund ihrer rechtlichen Form Verbindlichkeit i.S.d. Art. 288 Abs. 2 S. 2 AEUV zukommt¹⁰⁴² und sich aufgrund der in diesem Beschluss deutlich werdenden Absicht der Europäischen Kommission die Wahrscheinlichkeit zu einem entsprechenden abschließenden Beschluss derart verdichtet hat,¹⁰⁴³ dass schon dieser Beschluss maßgeblich in einer Form zu berücksichtigen ist, dass abweichende Entscheidungen nicht mehr möglich sind. Dabei ist die Pflicht zu einer maßgeblichen Berücksichtigung – was die Einstufung einer Maßnahme als Beihilfe angeht – nicht im Sinn einer festen Bindung zu verstehen, sondern als ein Verbot zuwiderlaufender Handlungen (Fallgruppe 4). Jede Entscheidung des nationalen Gerichts muss daher berücksichtigen,

¹⁰³⁹ *Harringa* in *Nowak/Slusarek* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich* (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, VO 659/1999 Art. 4, Rn. 315.

¹⁰⁴⁰ *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO 2015/1589 Art. 4, Rn. 23.

¹⁰⁴¹ Die Gegenausnahme in Art. 4 Abs. 6 S. 2 VO 2015/1589 macht deutlich, dass auch nach Ablauf der zwei Monate ein Beschluss über das Nichtvorliegen einer Beihilfe ergehen kann (innerhalb der 15-Tages-Frist). *Harringa* in *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich* (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, VO 659/1999 Art. 4, Rn. 311, formuliert denn auch, dass die Vorschrift "die Genehmigung der angemeldeten Beihilfe bzw. die Feststellung der Beihilfenfreiheit" fingiert.

¹⁰⁴² S.o. 3.3.2(d)(iii) (ab Seite 99).

¹⁰⁴³ S.o. 3.3.3(e)(iii) (ab Seite 122).

dass sich die Auffassung der Europäischen Kommission in dieser Hinsicht ändern kann.¹⁰⁴⁴

(b) Bedeutung eines möglichen Vorgehens gegen den Eröffnungsbeschluss

(i) Grundsatz

Da das nationale Gericht damit in seine Entscheidungsfindung einstellen muss, dass die Bewertung der Europäischen Kommission im Eröffnungsbeschluss nur vorläufig ist, ist es unerheblich, inwieweit ein Betroffener von der Europäischen Kommission vor dem Eröffnungsbeschluss gehört wurde¹⁰⁴⁵ oder ob gegen den Eröffnungsbeschluss vor dem *EuG* geklagt wurde.¹⁰⁴⁶ Selbst wenn hier eine (weitere) Rechtsschutzmöglichkeit besteht¹⁰⁴⁷ und sich sogar gerade aus dem Umstand einer Wirkung des Beschlusses auf die nationalen Gerichte ergeben kann,¹⁰⁴⁸ ändert dies nichts daran, dass der Eröffnungsbeschluss nur ein vorläufiger Verfahrensschritt ist, der eine endgültige Bewertung nicht vorwegnimmt. Dies wird auch bei der gerichtlichen Entscheidung über den Eröffnungsbeschluss berücksichtigt, indem das *EuG* nur eingeschränkt prüft,¹⁰⁴⁹ so dass auch über die Unionsgerichte mit einem Angriff gegen den Eröffnungsbeschluss keine Rechtssicherheit erreicht werden kann.¹⁰⁵⁰ Zudem wären die Betroffenen faktisch in jedem Fall gezwungen, gegen den Eröffnungsbeschluss vor dem *EuG* vorzugehen, was die Arbeitsbelastung der Unionsgerichte sinnlos weiter erhöhte.

¹⁰⁴⁴ S.o. 3.3.3(f)(i) (ab Seite 136); *EuG*, Urt. v. 3. März 2015 – T-251/12, ECLI:EU:T:2015:142 – Gemeente Nijmegen, Rn. 45ff.

¹⁰⁴⁵ *Kamann*, ZWeR 2014, 60, 74f, geht von entsprechenden Anhörungsrechten nach Art. 41 Abs. 2 ChartaGR als "Grundrecht des Beihilfeempfängers auf gute Verwaltung" sowie nach Art. 20 Abs. 2 VO 659/1999 aus.

¹⁰⁴⁶ *Martin-Ehlers*, EuZW 2014, 247, 251, plädiert für eine starre Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses mit dem Argument, Beihilfeempfänger und -gewährer stehe es frei, diesen vor dem *EuG* anzugreifen.

¹⁰⁴⁷ *Weiß*, ZHR 180 (2016), S. 80, 87ff.

¹⁰⁴⁸ *EuGH*, Urt. v. 21. Dezember 2016 – C-524/14, ECLI:EU:C:2016:971 – Europäische Kommission gegen Hansestadt Lübeck, Rn. 26 bis 31.

¹⁰⁴⁹ *EuGH*, Urt. v. 21. Dezember 2016 – C-524/14, ECLI:EU:C:2016:971 – Europäische Kommission gegen Hansestadt Lübeck, Rn. 76ff; *Weiß*, ZHR 180 (2016), S. 80, 90, 104.

¹⁰⁵⁰ *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 45; *Rennert*, EuZW 2017, 567, 569.

(ii) Zur *Alro*-Rechtsprechung des *EuG*

In jüngerer Zeit hat das *EuG* die Klagebefugnis nach Art. 263 AEUV bezogen auf die Eröffnung eines förmlichen Prüfungsverfahrens in Frage gestellt, gleichzeitig aber die "Rechtswirkung" i.S. einer Berücksichtigungspflicht für die nationalen Gerichte bekräftigt.¹⁰⁵¹ In der Entscheidung *Alro*¹⁰⁵² (ähnlich in den Entscheidungen *Alpiq*¹⁰⁵³ und *Gemeente Nijmegen*¹⁰⁵⁴) argumentiert das *EuG* dann "im Unterschied zu einer Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens in Bezug auf eine in der Durchführung begriffene Maßnahme", dass eine Eröffnungsentscheidung, "die eine nicht mehr in der Durchführung begriffene Maßnahme betrifft, ... in Ermangelung einer unmittelbaren, gewissen und hinreichend verbindlichen Tragweite gegenüber dem Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, und dem oder den Begünstigten der betreffenden Maßnahme keine eigenständigen Rechtswirkungen" erzeuge. Damit will das *EuG* (in fragwürdiger Weise¹⁰⁵⁵) die Klagebefugnis nach Art. 263 AEUV gegen solche Eröffnungsbeschlüsse in Frage stellen.

Dabei könnte das *EuG* so verstanden werden, dass die Entscheidung *CELFI/SIDE*¹⁰⁵⁶ des *EuGH* bedeutet, dass das nationale Gericht bei nicht mehr in Durchführung befindlichen Maßnahmen keine Bindung mehr an den Eröffnungsbeschluss habe.¹⁰⁵⁷ Die Entscheidung *CELFI/SIDE* ist in diesem Punkt allerdings überholt.¹⁰⁵⁸ Auch nicht mehr in Durchführung befindliche Maßnahmen können noch wettbewerbliche Wirkungen erzeugen, so dass ein Anlass bestehen kann, diese (rasch) gerichtlich beseitigen zu lassen. Warum dann die nationalen Gerichte nicht – wie oben dargestellt – an die vorläufige Beurteilung der Europäischen Kommission gebunden sein sollen, erschließt sich nicht. *Weiß*¹⁰⁵⁹ hebt richtig hervor, dass Art. 108 Abs. 3 AEUV nicht nach in Durchführung begriffenen und abgeschlossenen Maßnahmen unterscheidet. Ein

¹⁰⁵¹ *EuG*, Urt. v. 16. Oktober 2014 – T-517/12, ECLI:EU:T:2014:890 – *Alro*, Rn. 23, 28; *EuG*, Urt. v. 16. Oktober 2014 – T-129/13, ECLI:EU:T:2014:895 – *Alpiq*, Rn. 22, 27; *EuG*, Urt. v. 3. März 2015 – T-251/12, ECLI:EU:T:2015:142 – *Gemeente Nijmegen*, Rn. 31 bis 33.

¹⁰⁵² *EuG*, Urt. v. 16. Oktober 2014 – T-517/12, ECLI:EU:T:2014:890 – *Alro*, Rn. 39ff, 55ff.

¹⁰⁵³ *EuG*, Urt. v. 16. Oktober 2014 – T-129/13, ECLI:EU:T:2014:895 – *Alpiq*, Rn. 37ff.

¹⁰⁵⁴ *EuG*, Urt. v. 3. März 2015 – T-251/12, ECLI:EU:T:2015:142 – *Gemeente Nijmegen*, Rn. 45ff.

¹⁰⁵⁵ *Weiß*, ZWeR 2015, 364, 368ff; *Weiß*, ZHR 180 (2016), S. 80, 87ff.

¹⁰⁵⁶ *EuGH*, Urt. v. 11. März 2010 – C-1/09, ECLI:EU:C:2010:136 – *CELFI/SIDE II*, Rn. 36.

¹⁰⁵⁷ So wohl *Berrisch*, EuZW 2015, 150, 156

¹⁰⁵⁸ S.o. 3.3.3(f)(i) (ab Seite 136).

¹⁰⁵⁹ *Weiß*, ZWeR 2015, 364, 369f.

Grund für die Privilegierung bereits abgeschlossener Verstöße gegen Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV sei nicht ersichtlich und auch der *EuGH*¹⁰⁶⁰ habe sich auch auf bereits abgeschlossene Maßnahmen bezogen. Auch in jüngeren Entscheidungen differenziert der *EuGH* nicht.¹⁰⁶¹

Dem *EuG* ist bezüglich der in der Entscheidung *Gemeente Nijmegen*¹⁰⁶² geäußerten Sichtweise zuzustimmen, *"dass keine absolute und unbedingte Verpflichtung des nationalen Gerichts besteht, der vorläufigen Beurteilung der Kommission ohne Weiteres zu folgen"*, da sich das nationale Gericht – wie bereits oben dargestellt – im Fall von Zweifeln im Verfahren nach Art. 267 AEUV an den *EuGH* wenden kann bzw. sogar muss.¹⁰⁶³ Es ist im Übrigen nicht erkennbar, warum die oben beschriebene Berücksichtigungspflicht bezogen auf einen Eröffnungsbeschluss nicht gelten soll, die die Einhaltung der Zielvorstellung einer kohärenten Anwendung des EU-Beihilfenrechts ermöglicht. Die Maßnahmen des nationalen Richters sind – wie dargestellt – ohnehin so zu wählen, dass sie ein bestimmtes Ergebnis nicht endgültig vorwegnehmen.

Soweit ersichtlich hat der *EuGH* diese Position des *EuG* (noch) nicht aufgegriffen.¹⁰⁶⁴ Es ist nicht davon auszugehen, dass er auf der Grundlage seiner Entscheidung *Italien/Kommission*¹⁰⁶⁵ zu einem andern Ergebnis kommt. Zwar hat er dort stark auf in Durchführung begriffene Beihilfe abgestellt. Allerdings geschah dies – nach hier vertretener Auffassung – nur, weil es dort um die Abgrenzung neuer, in Durchführung begriffener zu bestehenden Beihilfen ging. *Soltész*¹⁰⁶⁶ hält die Positionierung des *EuG* auch eher für eine Abwehr einer *"Modeerscheinung unter Anwälten ... die Anfechtung von Eröffnungsentscheidungen"* zu betreiben; es sei ganz *"offenbar"*, dass *"die Richter eine Verdoppelung von Klagen vermeiden"* wollten. Es wäre erstaunlich, wenn sich

¹⁰⁶⁰ *EuGH*, Urt. v. 11. März 2010 – C-1/09, ECLI:EU:C:2010:136 –CELF/SIDE II, Rn. 36; *EuGH*, Urt. v. 21. November 2013 – C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755- Lufthansa / Flughafen Hahn, Rn. 43 (*"Zu diesem Zweck können die nationalen Gerichte beschließen, die Durchführung der in Rede stehenden Maßnahme auszusetzen und die Rückforderung der bereits gezahlten Beträge anzuordnen."*).

¹⁰⁶¹ S.o. Fn. 1037 (Seite 220).

¹⁰⁶² *EuG*, Urt. v. 3. März 2015 – T-251/12, ECLI:EU:T:2015:142 - Gemeente Nijmegen, Rn. 45ff.

¹⁰⁶³ S.o. 3.3.3(f)(i)(A) (ab Seite 136).

¹⁰⁶⁴ Ebenso *Weiß*, ZWeR 2015, 364, 369.

¹⁰⁶⁵ *EuGH*, Urt. v. 9. Oktober 2001 – C-400/99, ECLI:EU:C:2001:528 - Italienische Republik/Kommission, Rn. 57ff.

¹⁰⁶⁶ *Soltész*, EuZW 2016, 87, 93.

dieses Motiv auf die Frage der Berücksichtigungspflicht von Eröffnungsentscheidungen auswirkte.

3.6.6 Einordnung einer Maßnahme als neue Beihilfe

Für bestehende Beihilfen (Art. 1 lit. c VO 2015/1589) gilt das Verfahren des Art. 21 bis 23 VO 2015/1589, welches auf Art. 6, 9 und 11 VO 2015/1589 verweist und damit Art. 4 Abs. 4 VO 2015/1589 nicht erfasst. Hier besteht grundsätzlich kein Durchführungsverbot, auch wenn die Europäische Kommission ein Verfahren aufnimmt,¹⁰⁶⁷ weshalb auch Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV grundsätzlich nicht einschlägig ist.¹⁰⁶⁸

Die Prüfung, ob – etwa durch Änderung der Durchführungsbestimmungen – aus einer bestehenden eine neue Beihilfe wurde,¹⁰⁶⁹ obliegt den nationalen Gerichten.¹⁰⁷⁰ Ob sich dabei aus einer etwaigen Positionierung der Europäischen Kommission eine Berücksichtigungspflicht für die nationalen Gerichte ergibt, richtet sich dann wieder nach den allgemeinen, vorstehend bestimmten Grundsätzen. Soweit die Europäische Kommission etwa in einem Eröffnungsbeschluss nach Art. 9 VO 2015/1589 eine (vermeintlich bestehende) Beihilfe als neue Beihilfe einstuft, entfaltet der Eröffnungsbeschluss Rechtswirkung¹⁰⁷¹ i.S.d. Fallgruppe 4. Gerade bei der Verlängerung bestehender Beihilfen wird nach der Rechtsprechung des *EuGH* in der

¹⁰⁶⁷ *EuGH*, Urт. v. 9. Oktober 2001 – C-400/99, ECLI:EU:C:2001:528 – Italienische Republik/Kommission, Rn. 56; *EuG*, Urт. v. 16. Oktober 2014 – T-129/13, ECLI:EU:T:2014:895 – Alpiq, Rn. 27, 34ff.

¹⁰⁶⁸ *EuGH*, Urт. v. 27. Juni 2017 – C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496 – Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania gegen Ayuntamiento de Getafe, Rn. 86; *EuGH*, Urт. v. 26. Oktober 2016 – C-590/14 P, ECLI:EU:C:2016:797 – Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) gegen Europäische Kommission, Rn. 45; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 30. November 2017 – C-510/16, ECLI:EU:C:2017:929 – Carrefour Hypermarchés SAS u.a., Rn. 49f; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO 2015/1589, Art. 23, Rn. 2.

¹⁰⁶⁹ Vgl. hierzu *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 30. November 2017 – C-510/16, ECLI:EU:C:2017:929 – Carrefour Hypermarchés SAS u.a., Rn. 51ff.

¹⁰⁷⁰ *EuGH*, Urт. v. 26. Oktober 2016 – C-590/14 P, ECLI:EU:C:2016:797 – Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) gegen Europäische Kommission, Rn. 106. Soweit sich das nationale Gericht in einer solchen Situation dazu entschließt, eine Maßnahme aufgrund einstweiliger Anordnung durchführen zu lassen, kann es seinerseits einen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV begehen (*EuGH*, a.a.O. Rn. 106ff), soweit nicht auch für die gerichtliche Anordnung die sich aus Art. 107f AEUV und dem entsprechenden Sekundärrecht ergebenden Verfahrensvorschriften der Notifizierung eingehalten werden (*Petzold*, EuZW 2016, 947, 954f.).

¹⁰⁷¹ *Weiß*, ZHR 180 (2016), S. 80, 91f.

Regel eine neue Beihilfe angenommen.¹⁰⁷² In diesen Fällen kommt es nicht zu dem Verfahren nach Art. 21 bis 23 VO 2015/1589.

Geht die Europäische Kommission dagegen (vorläufig) von einer bestehenden Beihilfe aus, kommt es (zunächst) nicht zu einem Eröffnungsbeschluss. In diesem Fall können für die nationalen Zivilgerichte bei einer Entscheidung über Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV die Positionierungen der Europäischen Kommission in einem etwaigen Verfahren nach Art. 21 bis 23 VO 2015/1589 unter zwei Aspekten relevant sein: Dies gilt zum einen für die Frage, ob bei *Einführung* der Maßnahme eine Beihilfe vorlag, denn die Einstufung als bestehende Beihilfe setzt die Einstufung als Beihilfe voraus.¹⁰⁷³ Dies gilt zum anderen für die Frage, ob die Beihilfe als bestehend gilt und mithin der Anwendung von Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV entzogen ist.

Im Verfahren nach Art. 108 Abs. 1 AEUV und Art. 21, 22, 23 VO 2015/1589 schlägt die Europäische Kommission nach einer Prüfung (Art. 21 VO 2015/1589) dem Mitgliedstaat zweckdienliche Maßnahmen vor, wenn sie zu dem Schluss gelangt, dass eine bestehende Beihilferegulierung vorliegt und diese mit dem Binnenmarkt nicht oder nicht mehr vereinbar ist (Art. 22 VO 2015/1589). Durch Zustimmung des Mitgliedstaates und formaler Feststellung durch die Europäische Kommission entsteht dann bindende Wirkung für den Mitgliedstaat.¹⁰⁷⁴ Bei Weigerung des Mitgliedstaats kann es dagegen zu einem Eröffnungsbeschluss für ein förmliches Prüfverfahren und dann zu einer abschließenden Entscheidung kommen; für die Berücksichtigungspflicht der Beschlüsse im letztgenannten Verfahrensweg gelten die bereits oben gefundenen Ergebnisse.¹⁰⁷⁵

Zu prüfen ist aber, ob schon von dem Vorschlag der Europäischen Kommission und / oder von der formalen Feststellung der Einigung durch die Europäische Kommission maßgebliche Berücksichtigungspflicht für die nationalen Gerichte (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) ausgeht, was die Einstufung als Beihilfe und als bestehend angeht.

¹⁰⁷² *EuGH*, Urt. v. 26. Oktober 2016 – C-590/14 P, ECLI:EU:C:2016:797 – Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) gegen Europäische Kommission, Rn. 46ff, 73ff.

¹⁰⁷³ Dass zum Zeitpunkt der Überprüfung einer bestehenden Beihilfe die Frage der Zulässigkeit ihrer früheren Einführung vor ein Zivilgericht gebracht wird, mag allerdings unwahrscheinlich sein.

¹⁰⁷⁴ *EuGH*, Urt. v. 15. März 2017 – C-414/15, ECLI:EU:C:2017:215 – Stichting Woonline, Rn. 63.

¹⁰⁷⁵ Eröffnung förmliches Prüfverfahren: Fallgruppe 4; abschließender Beschluss: Fallgruppen 1 und 2.

Auch wenn man im Vorschlag der Europäischen Kommission nach Art. 22 VO 2015/1589 im Ausnahmefall einen anfechtbaren Akt sähe,¹⁰⁷⁶ handelt es sich doch um einen vorläufigen Vorschlag, der – da zu seiner Umsetzung entweder die Zustimmung des Mitgliedstaats oder ein Verfahren (Art. 23 Abs. 2 VO 2015/1589) erfolgen muss – keine endgültige Positionierung beinhalten kann.¹⁰⁷⁷ Allerdings dürfte der Vorschlag in der Regel als hinreichende Absicht der Europäischen Kommission anzusehen sein, von einer bestehenden Beihilfe auszugehen. Dem steht nicht entgegen, dass die Europäische Kommission im Verfahren nach Art. 22, 23 VO 2015/1589, welches auf eine Verhandlungslösung abzielt, geneigt sein mag, mit Positionen in diese Verhandlungen einzusteigen, die sie im Rahmen eines formalen Verfahren nicht aufrecht erhalten würde.¹⁰⁷⁸ Zwar legt dies nahe, dass die Positionierungen der Europäischen Kommission zur Lösung der von ihr gesehenen Probleme zu weit gehen. Hinsichtlich der Einstufung der Maßnahme als Beihilfe und als bestehend ist der Vorgang allerdings der Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens bezogen auf eine neue Beihilfe vergleichbar; dass Art. 24 Abs. 4 VO 2015/1589 einen Beschluss zur Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens bei Einigungsweigerung des Mitgliedstaats vorsieht, ändert nichts an der Annahme einer hinreichenden Absicht der Europäischen Kommission, dauerhaft von einer bestehenden Beihilfe auszugehen. Damit ist bereits der Vorschlag zweckdienlicher Maßnahmen als Positionierung der Europäischen Kommission i.S.d. Fallgruppe 4¹⁰⁷⁹ zu verstehen, soweit es um die Einstufung als bestehende Beihilfe geht.

Nach Art. 23 Abs. 1 VO 2015/1589 kann der betreffende Mitgliedstaat den vorgeschlagenen Maßnahmen zustimmen, was die Europäische Kommission formal

¹⁰⁷⁶ *EuGH*, Urt. v. 15. März 2017 – C-414/15, ECLI:EU:C:2017:215 – Stichting Woonline, Rn. 43ff; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. Oktober 2016 – C-414/15, ECLI:EU:C:2016:827 – Stichting Woonline, Rn. 48; *Rusche* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 3) BeihilfenR/Sonderbereiche, AEUV Art. 108, 10, 16; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO 2015/1589, Art. 22, Rn. 1.

¹⁰⁷⁷ *EuGH*, Urt. v. 15. März 2017 – C-414/15, ECLI:EU:C:2017:215 – Stichting Woonline, Rn. 44, 50, 63; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. Oktober 2016 – C-414/15, ECLI:EU:C:2016:827 – Stichting Woonline, Rn. 47; *EuG*, Urt. v. 22. Oktober 1996 – T-330/94, ECLI:EU:T:1996:154 – Salt Union, Rn. 35; *Rusche* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 3) BeihilfenR/Sonderbereiche, AEUV Art. 108, 10; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO 2015/1589, Art. 23, Rn. 2.

¹⁰⁷⁸ Vgl. die Aussage der Europäischen Kommission in *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. Oktober 2016 – C-414/15, ECLI:EU:C:2016:827 – Stichting Woonline, Rn. 43f, wonach der Erklärungsgehalt des dortigen Vorschlags zweckdienlicher Maßnahmen begrenzt sei. Der GA selbst (Rn. 63ff) scheint der Auffassung zu sein, dass die Maßnahmen, welche im Verfahren nach Art. 22, 23 VO 2015/1589 festgelegt werden, weiter sein können, als es sich im Rahmen eines formalen Verfahrens ergäbe.

¹⁰⁷⁹ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

"festhält". Soweit es zu einer Einigung zwischen Europäischer Kommission und Mitgliedstaat gem. Art. 23 Abs. 1 VO 2015/1589 kommt, liegt damit ein Rechtsakt der Union vor, der dazu führt, dass die Position der Europäischen Kommission endgültig wird.¹⁰⁸⁰ Damit wird auch die Position der Europäischen Kommission, dass es sich um eine bestehende Beihilfe handelt, festgestellt.¹⁰⁸¹ Eine Berücksichtigungspflicht i.S.d. Fallgruppen 1 und 2¹⁰⁸² ist damit anzunehmen,¹⁰⁸³ soweit der im Zivilprozess Belastete die Möglichkeit hat(te), hiergegen vorzugehen, wovon der *EuGH* grundsätzlich ausgeht,¹⁰⁸⁴ hierfür aber kritisiert wird.¹⁰⁸⁵ Soweit die Anfechtungspflicht nicht oder nur eingeschränkt ¹⁰⁸⁶ besteht, muss das nationale Gericht die Frage in eigener Verantwortung (und unter Beachtung der Möglichkeiten und Pflichten nach Art. 267 AEUV, die sich mit Blick auf die Positionierung der Europäischen Kommission ergeben) prüfen.

3.6.7 Abweisung einer Beschwerde

Nach Art. 12 Abs. 1 UA 2, Art. 24 Abs. 2 VO 2015/1589 muss sich die Europäische Kommission mit Beschwerden von Beteiligten über mutmaßlich rechtswidrige Beihilfen befassen. Auch wenn die Europäische Kommission eine erhöhte Begründungsanforderung haben mag, wenn sie Beschwerden ablehnt,¹⁰⁸⁷ gilt hier gleichwohl das Opportunitätsprinzip. Wie schon im Kartellrecht¹⁰⁸⁸ gilt auch hier: Eine Berücksichtigungspflicht i.S.d. Fallgruppen 1 und 2 kommt nur in Betracht, wenn die

¹⁰⁸⁰ *Rusche in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 3) BeihilfenR/Sonderbereiche, AEUV Art. 108, Rn. 11.

¹⁰⁸¹ *EuGH*, Urt. v. 15. März 2017 – C-414/15, ECLI:EU:C:2017:215 – Stichting Woonline, Rn. 51f.

¹⁰⁸² S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

¹⁰⁸³ *Kallmayer*, S. 665.

¹⁰⁸⁴ *EuGH*, Urt. v. 15. März 2017 – C-414/15, ECLI:EU:C:2017:215 – Stichting Woonline, Rn. 43ff; *EuGH*, Urt. v. 27. Februar 2014 – C-132/12 P, ECLI:EU:C:2014:100 – Stichting Woonpunt, Rn. 59ff; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. Oktober 2016 – C-414/15, ECLI:EU:C:2016:827 – Stichting Woonline, Rn. 39f, 47ff.

¹⁰⁸⁵ *Rusche in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 3) BeihilfenR/Sonderbereiche, AEUV Art. 108, Rn. 11f; gegen die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage auch *Walzel*, S. 328; sie geht (dennoch) von einer "Berücksichtigungspflicht", wohl aber nicht von einer Bindungswirkung der nationalen Gerichte aus.

¹⁰⁸⁶ Das *EuG* sieht nur eine begrenzte Überprüfbarkeit; vgl. *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. Oktober 2016 – C-414/15, ECLI:EU:C:2016:827 – Stichting Woonline, Rn. 41ff, Rn. 55ff; vgl. dazu *EuGH*, Urt. v. 15. März 2017 – C-414/15, ECLI:EU:C:2017:215 – Stichting Woonline, Rn. 39, 52.

¹⁰⁸⁷ *Soltész*, NJW 2014, 3128, 3131.

¹⁰⁸⁸ S.o. 3.5.7 (ab Seite 204).

Europäische Kommission im Beschlusswege handelt, Sachverhaltsidentität besteht und die Ablehnung eindeutig auf der Grundlage einer materiell-beihilfenrechtlichen Wertung (insbesondere "keine Beihilfe") geschieht. Ebenso kann von der Absicht eines solchen Beschlusses Berücksichtigungspflicht i.S.d. Fallgruppe 4 ausgehen. Fehlt schon das Kriterium eines formalen Beschlusses und handelt die Europäische Kommission nur per informellem Verwaltungsschreiben, gelten die hierfür entwickelten Grundsätze.¹⁰⁸⁹

3.6.8 Sektoruntersuchungen

In Erwägungsgrund (34) der VO 2015/1589 wird erläutert, warum diese Verordnung in Art. 25 die *"Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige und Beihilfeinstrumente"*, also eine Art Sektoruntersuchung wie in Art. 17 VO 1/2003, gestattet. Ziel ist danach eine *"kohärente Behandlung ähnlicher Sachverhalte im gesamten Binnenmarkt"*; der Europäischen Kommission sollte es ermöglicht werden, *"horizontale Beihilfen effizient und transparent zu behandeln und bereits ex ante einen Überblick über den betreffenden Wirtschaftszweig zu erhalten"*. Art. 25 VO 2015/1589 sieht demnach die Möglichkeit von Untersuchungen vor. Ähnlich wie bei Art. 17 VO 1/2003 mündet die Sektoruntersuchung (nur) in einem Bericht, anders als bei Art. 17 VO 1/2003 können die Ergebnisse gem. Art. 25 Abs. 2 VO 2015/1589 im Rahmen von *"Verfahren nach dieser Verordnung"* verwendet werden.

Allerdings endet eine Sektoruntersuchung nach Art. 25 Abs. 2 VO 2015/1589 nicht mit einem Beschluss; zudem wird aus Art. 25 Abs. 2 VO 2015/1589 deutlich, dass Art. 25 VO 2015/1589 ein weiteres Verfahren, ggf. ein förmliches Prüfverfahren auslösen kann, selbst aber noch kein solches Verfahren darstellt. Die Ergebnisse der Sektoruntersuchungen sind damit noch nicht in der Art zu einer Meinungsbildung der Europäischen Kommission verdichtet, dass – etwa analog der Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens – von einer Berücksichtigungspflicht ausgegangen werden könnte. Soweit ersichtlich wurde in Rechtsprechung und Literatur dazu nichts Gegenteiliges vertreten. Hier wäre allenfalls daran zu denken, dem Bericht Bedeutung zuzumessen, wie sie Mitteilungen der Europäischen Kommission zukommt.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁹ S.u. Kap. 5 (ab Seite 264).

¹⁰⁹⁰ Siehe dazu unten ausführlich Kapitel 6 (ab Seite 276).

3.7 Anwendung der Berücksichtigungspflicht auf die verschiedenen Beschlussarten im Fusionskontrollrecht

3.7.1 Einführung

Die Tätigkeit nationaler Zivilgerichte im kontradiktorischen Verfahren und die Tätigkeit der Europäischen Kommission jeweils auf der Grundlage der FKVO führt insbesondere zu zwei Verbindungen, die im Folgenden beleuchtet werden: Ausgangspunkt für Entscheidungen nationaler Gerichte auf der Grundlage der FKVO kann zum einen die Nichtigkeitsvorschrift des Art. 7 Abs. 4 FKVO sein, welche ihrerseits stark mit der Beschlusslage bei der Europäischen Kommission verknüpft ist (dazu im Folgenden 3.7.2). Soweit zum anderen nationale Gerichte über kartellrechtliche Frage im Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV zu entscheiden haben, können Beschlüsse der Europäischen Kommission auf der Grundlage der FKVO ebenfalls Bedeutung haben (dazu im Folgenden 3.7.3).

3.7.2 Nichtigkeit nach Art. 7 Abs. 4 FKVO

(a) Ausgangspunkt

Wie oben festgestellt,¹⁰⁹¹ liegt die Zuständigkeit für die Durchführung der FKVO im Wesentlichen bei der Europäischen Kommission. Dennoch kommt den nationalen Gerichten die Aufgabe zu, über die Frage der Nichtigkeit zu entscheiden: Nach Erwägungsgrund (18) FKVO dürfen die Mitgliedstaaten *"auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht"* (*"droit national de la concurrence"*; *"national legislation on competition"*) *"nur anwenden, soweit es in dieser Verordnung vorgesehen ist."* Die Einschränkung betrifft damit ausschließlich das Wettbewerbsrecht. Dies spricht dafür, dass zivilrechtliche Aspekte von der Ausnahme nicht erfasst sein sollen. Art. 7 Abs. 4 FKVO wird in der Literatur als zivilrechtlich wirkende Regelung verstanden, deren weitere Rechtsfolgen sich nach nationalem Recht bestimmen.¹⁰⁹² Eine Zuweisung entsprechender Kompetenzen zur Europäischen Kommission liegt nicht vor. Damit liegt es nahe, dass – analog zu Art. 101 Abs. 2 AEUV – die Kompetenz, über die zivilrechtliche Wirksamkeit von Zusammenschlüssen und die entsprechenden Folgen zu entscheiden, bei den nationalen

¹⁰⁹¹ S.o. 2.3.2(c) (ab Seite 37) und 2.3.3(e) (ab Seite 61).

¹⁰⁹² Maass in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, FKVO Art. 7, Rn. 34f; Körber in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 7, Rn. 47; v. Graevenitz, BB 2010, 1172, 1174. Genereller, aber ohne Begründung, Schmidt in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003, Anhang 3, Rn. 1: *"Auch aus der Anwendung der Fusionskontrollverordnung können sich zivilrechtliche Ansprüche ergeben."*

Zivilgerichten liegt.¹⁰⁹³ Dies steht im Einklang mit der Begründung der Kompetenz von nationalen Gerichten zur Anwendung des Kartellrechts vor Einführung der VO 1/2003; mangels einer einschlägigen ausdrücklichen Kompetenzzuweisung wurde die Zuständigkeit der nationalen Gerichte aus der primärrechtlichen Nichtigkeitsregelung (heute Art.101 Abs. 2 AEUV) abgeleitet.¹⁰⁹⁴

Damit ist allerdings noch nicht beantwortet, ob den nationalen Gerichten ein eigener Zuständigkeitsbereich der Beurteilung von Tatbeständen der FKVO verbleibt oder ob diese letztlich in jedem Fall von einem vorherigen Beschluss der Europäischen Kommission abhängen. Dazu muss herausgearbeitet werden, inwieweit im Tatbestand des Art. 7 Abs. 4 FKVO Beschlüsse der Europäischen Kommission abgebildet sind.

Die Unwirksamkeitsanordnung bezieht sich nach dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 FKVO auf ein unter Missachtung des Art. 7 Abs. 1 FKVO abgeschlossenes Rechtsgeschäft. Art. 7 Abs. 1 FKVO wiederum setzt einen "Zusammenschluss" (Art. 3 FKVO)¹⁰⁹⁵ voraus, der entweder "von gemeinschaftsweiter Bedeutung" (Art. 1 FKVO) ist oder dessen gemeinschaftsweite Bedeutung nach Art. 4 Abs. 5 FKVO auf Antrag der Parteien vermutet wird, die dadurch eine Prüfung in mindestens drei Mitgliedstaaten umgehen wollen. Die Unwirksamkeit tritt allerdings nur ein, wenn keine Freigabe (Art. 6 Abs. 1 lit. b, Art. 8 Abs. 1 oder 2 FKVO) bzw. deren Fiktion aufgrund überlanger Entscheidungsfindung (Art. 10 Abs. 6 FKVO) vorliegt. Ausnahmen vom Vollzugsverbot gibt es für öffentliche Übernahmeangebote bzw. sukzessive (schleichende) Übernahmen (Art. 7 Abs. 2 FKVO). Das Vollzugsverbot kann entfallen, wenn die Europäische Kommission eine Freistellung erklärt (Art. 7 Abs. 3 FKVO) oder es zu einer Verweisung an die Mitgliedstaaten kommt (Art. 4 Abs. 4, Art. 9 FKVO).¹⁰⁹⁶ Umgekehrt lässt eine Verweisung eines Falles

¹⁰⁹³ Ebenso – ohne nähere Begründung – Zuber, S. 17, Schmidt in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003, Anhang 3, Rn. 5, und Heithecker/Schneider in Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 88. EL, Art. 17 FKVO, Rn. 30.

¹⁰⁹⁴ Bartels, S. 24. Vgl. dazu auch Grünwald/Hackl, NZKart 2017, 508, 509, mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 14. Dezember 1983 – 319/82, ECLI:EU:C:1983:374 – Société de vente de ciments et bétons de l'Est SA gegen Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG, Slg. 1983, 4173, 4184.

¹⁰⁹⁵ Oder dessen teilweise Vorwegnahme durch eine Maßnahme, die für sich noch keinen Zusammenschlusstatbestand erfüllt; BGH, Beschl. v. 14. November 2017, KVR 57/16, BB 2018, 267, 268, Rn. 54

¹⁰⁹⁶ Körber in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 4, Rn. 93; Maas in Langen/Bunte, Kartellrecht, FKVO Art. 7, Rn. 6, Bardong in Langen/Bunte, Kartellrecht, FKVO Art. 9, Rn. 55, und Westermann in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. A. 2009, VO 139/2004/EG Art. 9, Rn. 25,

von einem Mitgliedstaat zur Europäischen Kommission nach Art. 22 Abs. 4 UA 1, S. 2 FKVO das Vollzugsverbot des Art. 7 FKVO aufleben, wenn die Europäische Kommission nach Art. 22 Abs. 3 FKVO beschlossen hat, den Fall zu übernehmen, und das Vorhaben zu dem Zeitpunkt, zu dem die Unternehmen durch die Europäischen Kommission von dem Verweisungsantrag informiert wurden, noch nicht vollzogen ist. Die Unwirksamkeit kann nach dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 FKVO geheilt werden durch eine Entscheidung der Europäischen Kommission nach Art. 6 Abs. 1 lit b FKVO oder nach Art. 8 Abs. 1, 2 oder 3 FKVO oder durch den Eintritt der in Art. 10 Abs. 6 FKVO vorgesehenen Vermutung. Schließlich gilt die Unwirksamkeitsanordnung nach Art. 7 Abs. 4 UA 2 FKVO nicht für bestimmte Wertpapierbörsengeschäfte.

Auf dieser Grundlage ist nun der Entscheidungsspielraum der nationalen Gerichte mit Blick auf die Tätigkeit der Europäischen Kommission genauer zu untersuchen. Soweit ersichtlich, hat die Frage der Pflicht nationaler Zivilgerichte, Beschlüsse der Europäischen Kommission i.R.d. Art. 7 Abs. 4 FKVO zu berücksichtigen, die EU-Gerichte noch nicht beschäftigt.¹⁰⁹⁷

(b) Freigabe und Untersagung durch die Europäische Kommission

Von der FKVO erfasste Zusammenschlüsse kann die Europäische Kommission nach Art. 6 Abs.1 lit. b, Abs. 2 FKVO (in Phase I) bzw. Art. 8 Abs. 1, 2 FKVO (im Hauptverfahren) durch "*Entscheidung*" (heute: Beschluss) freigeben.¹⁰⁹⁸ Die Freigabe kann nach Art. 6 Abs. 2 zweiter UA FKVO bzw. Art. 8 Abs. 2 FKVO mit Bedingungen und Auflagen verbunden sein. Liegen die Untersagungs Voraussetzungen vor, kann die Europäische Kommission – nach einem Verfahren nach

gehen jeweils davon aus, dass das Vollzugsverbot nach der FKVO von den nationalen Vollzugsverbotsregelungen abgelöst wird.

¹⁰⁹⁷ Überhaupt sind Aussagen des EuGH zu Art. 7 FKVO rar. Er hat allerdings nun Gelegenheit zu einer Aussage zu einem Fall, in dem eine Zusammenschlusspartei vor Freigabe einer nationalen Behörde ein Kooperationsvertrag beendete (Pressemeldung der dänischen Kartellbehörde *Konkurrencerådet* vom 17. Dezember 2014): Das entsprechende Vorlageverfahren C-633/16, eingereicht am 7. Dezember 2016 durch den Søg Handelsretten (Dänemark), hat entsprechende Fragen zu Art. 7 Abs. 1 FKVO zum Gegenstand, allerdings vor dem Hintergrund einer Bezugnahme aus dem dänischen Recht und in einem Rechtsstreit gegen eine darauf basierende Verfügung der zuständigen *Konkurrencerådet*, so dass das Verhältnis eines Gerichts zur Entscheidungslage bei der Europäischen Kommission keine Rolle spielen wird. Dies ergibt sich auch aus *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 18. Januar 2017 – C-633/16, ECLI:EU:C:2018:23 – Ernst&Young,

¹⁰⁹⁸ Art. 6 Abs.1 lit. b: "*trifft ... die Entscheidung, keine Einwände zu erheben und erklärt für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar*"; Art. 8 Abs. 1, 2: "*Entscheidung, mit der der Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird*".

Art. 6 Abs.1 lit. c FKVO – einen von der FKVO erfassten Zusammenschluss nach Art. 2 Abs. 3 , Art. 8 Abs. 3 FKVO "*für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ... erklären*" und mithin untersagen.

Schon nach dem Wortlaut, erst recht aber nach den oben beschriebenen, in den Erwägungsgründen niedergelegten Zielen des Gemeinschaftsgesetzgebers liegt hier eine ausschließliche Kompetenz der Europäischen Kommission vor. Von der Rechtsprechung wird der Europäischen Kommission zudem weitgehender Entscheidungsspielraum bei ihren materiellen Entscheidungen auf dieser Grundlage eingeräumt.¹⁰⁹⁹

Wie oben dargestellt, hängt die (Un-)Wirksamkeit eines Zusammenschlusses einerseits vom (Nicht-)Vorliegen eines Zusammenschlusses mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, andererseits vom (Nicht-)Vorliegen einer Freigabe ab. Bezogen auf das letztgenannte Tatbestandselement stellt bereits Art. 7 FKVO die Verknüpfung zu einem Beschluss der Europäischen Kommission her (Tatbestandswirkung im engeren Sinne¹¹⁰⁰). Es ist aber auch, bezogen auf das Tatbestandselement des Zusammenschlusses mit gemeinschaftsweiter Bedeutung, von einer weitergehenden maßgeblichen Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte i.S.d. Fallgruppen 1 und 2 ¹¹⁰¹ auszugehen. Zwar ist das Fusionskontrollrecht nur sekundärrechtlich geregelt; gleichwohl basiert es (auch) auf Art. 101f AEUV.¹¹⁰² Zudem ist der *effet utile*-Gedanke auch auf das Sekundärrecht anzuwenden und ist auch im Rahmen der FKVO die Europäische Kommission das zentrale Entscheidungsorgan, so dass sich auch hier – im Zusammenspiel mit dem Loyalitätsgebot vor dem Hintergrund des Gedankens der Rechtssicherheit – eine Pflicht zu einer solchen maßgeblichen Berücksichtigung ergibt. Das nationale Gericht ist damit auch an die tragenden Gründe gebunden, welche die Annahme eines Zusammenschlusses mit gemeinschaftsweiter Bedeutung beinhalten.

Hiervon wäre nur dann eine Ausnahme zu machen, falls die Europäische Kommission die Frage der Anmeldepflicht im Beschluss offen gelassen hätte. In diesem Fall käme

¹⁰⁹⁹ *EuGH*, Urt. v. 31. März 1998 – verbundene Rechtssachen C-68/94 und C-30/95, ECLI:EU:C:1998:148 - Kali + Salz, Rn. 220ff; *EuGH*, Urt. v. 15. Februar 2005 – C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87 - Tetra Laval, Rn. 37ff; *EuG*, Urt. v. 6. Juli 2010 – T-342/07, ECLI:EU:T:2010:280 – Ryanair, Rn. 29f; *EuG*, Urt. v. 13. Mai 2015 – T-162/10, ECLI:EU:T:2015:283 – Niki, Rn. 85f, 295.

¹¹⁰⁰ S.o. 3.3.2(d)(ii)(B) (ab Seite 97).

¹¹⁰¹ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

¹¹⁰² *EuGH*, Urt. v. 7. September 2017 – C-248/17, ECLI:EU:C:2017:643 – Austria Asphalt GmbH & Co. OG gegen Bundeskartellanwalt; Rn. 31.

dem Beschluss, was die Frage der Beurteilung der Tatbestandselemente von Art. 1, 3 FKVO betrifft, nicht mehr als eine Orientierungsfunktion für die nationalen Gerichte zu.¹¹⁰³

Eine Einschränkung durch das Recht auf effektiven Rechtsschutz ist nicht zu erkennen. Im Fall einer Untersagung könnten sich die Adressaten hiergegen vor den Unionsgerichten auf der Grundlage von Art. 263 Abs. 4 AEUV wehren. Ebenso können Nicht-Adressaten gegen eine Freigabe vor *EuG* (und ggf. den *EuGH*) vorgehen, wenn sie hinreichende Nähe zum Sachverhalt aufweisen.¹¹⁰⁴ Situationen, in welchen sich ein Dritter auf die Unwirksamkeit eines Zusammenschlusses nach Art. 7 Abs. 4 FKVO beruft, aber keine Klagebefugnis i.S.d. Art. 263 Abs. 4 AEUV hat (hatte), sind schwer vorstellbar. Ohnehin ist anzunehmen, dass die subjektive Schutzwirkung der FKVO, die zu einer Klagebefugnis nach Art. 263 Abs. 4 AEUV führt, und die subjektive Schutzwirkung des Art. 7 Abs. 4 FKVO kongruent sind.

Von einem beabsichtigten Beschluss (Fallgruppe 4) muss das nationale Gericht ausgehen, wenn entsprechende Anzeichen vorliegen, also etwa das Case Team nach informeller Konsultation eine Anmeldepflicht bejaht hat, eine Befreiung vom Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 3 FKVO erklärte oder ein Hauptprüfverfahren eröffnet wurde.¹¹⁰⁵

- (c) Beschlüsse, die die fehlende Anmeldepflicht feststellen bzw. die Anmeldepflicht entfallen bzw. aufleben lassen.

Gelangt die Europäische Kommission zu dem Schluss, dass ein angemeldeter Zusammenschluss nicht unter die FKVO fällt, so stellt sie dies nach Art. 6 Abs.1 lit. a FKVO durch Beschluss fest.¹¹⁰⁶ Durch Beschluss kann sie auch ihre Zuständigkeit durch Verweisung an die Mitgliedstaaten beenden (Art. 4 Abs. 4, Art. 9 FKVO). Entsprechende Beschlüsse müssen die nationalen Gerichte unproblematisch maßgeblich i.S.d. Fallgruppe 1 und 2 berücksichtigen bzw. auch eine hinreichende Absicht zu solchen Beschlüssen (Fallgruppe 4), denn schon ihre Regelungswirkung ist

¹¹⁰³ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), dort Fallgruppe 3.

¹¹⁰⁴ *EuG*, Ur. v. 19. Juni 2009 – T-48/04, ECLI:EU:T:2009:212 – Qualcomm, Rn. 33ff; *Körper in Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 6, Rn. 24, Art. 16, Rn. 13ff; s.o. 3.5.6(c) (ab Seite 202).

¹¹⁰⁵ S.o. 3.3.3(e)(vi) und (vii) (ab Seite 128).

¹¹⁰⁶ Ein Beispiel dieser selten vorkommenden Entscheidungsform ist die Entscheidung der Europäischen Kommission v. 26. Februar 2016 – M.7940 – Netto.

unmittelbar relevant für die Frage der Wirksamkeit. Gleiches gilt für (beabsichtigte und gefasste) Beschlüsse, mit denen die Europäische Kommission einen Fall nach Art. 22 Abs. 4 UA 1, S. 2 FKVO übernimmt und die das Vollzugsverbot damit erst aufleben lassen. Für den Aspekt des effektiven Rechtsschutzes gilt das oben unter (b)¹¹⁰⁷ gesagte, denn auch für die hier genannten Beschlussarten gelten korrespondierende Anfechtungsmöglichkeiten für die Adressaten und betroffene Dritte vor den Unionsgerichten.¹¹⁰⁸

(d) Einleitung eines Hauptprüfverfahrens (Phase II)

Ein Beschluss der Europäischen Kommission nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO, ein Hauptprüfverfahren (Phase II) zu eröffnen, basiert auf der Feststellung der Europäischen Kommission, *"dass der angemeldete Zusammenschluss unter diese Verordnung"* fällt. Ein solcher Beschluss greift aber im Übrigen – also hinsichtlich der Frage, ob eine Freigabe oder eine Untersagung erfolgen wird – nicht dem verfahrensabschließenden Beschluss vor und gleicht damit insoweit der Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens im Beihilfenrecht nach Art. 4 Abs. 4 VO 2015/1589. Ein wesentlicher Unterschied ist jedoch, dass die Europäische Kommission im Beihilfenrecht auch noch im förmlichen Verfahren nach Art. 9 Abs. 2 VO 2015/1589 zu dem Ergebnis kommen kann, dass das Vorhaben keine Beihilfe darstellt, während der Befund, dass ein angemeldeter Zusammenschluss nicht unter die FKVO fällt, nur in Phase I nach Art. 6 Abs. 1 lit. a FKVO möglich ist, aber nicht mehr nach Eröffnung von Phase II.

Die Frage, inwieweit von dem Beschluss über die Einleitung von Phase II eine maßgebliche Berücksichtigungspflicht i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen ausgehen kann, hängt – wegen des primärrechtlichen Erfordernisses effektiven Rechtsschutzes¹¹⁰⁹ – davon ab, ob dieser Beschluss gesondert angefochten

¹¹⁰⁷ Ab Seite 232.

¹¹⁰⁸ *Körber in Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 16, Rn. 18, 22f.

¹¹⁰⁹ S.o. 3.3.3(a) (ab Seite 101).

werden kann. Dies gilt als "*fraglich*";¹¹¹⁰ das *EuG* lehnt die gesonderte Anfechtbarkeit ab.¹¹¹¹

Nach hier vertretener Auffassung ist systematisch von einer isolierten Anfechtbarkeit des Beschlusses und einer maßgeblichen Berücksichtigungspflicht i.S.d. Fallgruppen 1 und 2 auszugehen. Sollte sich die Praxis der Unionsgerichte anders entwickeln, wäre der Beschluss zur Eröffnung der Phase II i.S.d. Fallgruppe 4 zu beachten. Dies begründet sich wie folgt:

Unterstellte man, dass gegen den Beschluss der Eröffnung von Phase II kein Rechtsschutz vor den Unionsgerichten möglich ist und leitete man daraus ab, dass die nationalen Gerichte, unter Beachtung von Art. 267 AEUV, in eigener Verantwortung entscheiden müssen, wenn sie mit Fragen der Wirksamkeit i.S.d. Art. 7 Abs. 4 FKVO befasst sind, führte dies zu einem unguten Doppelverfahren, denn die Europäische Kommission würde ihr Fusionskontrollverfahren fortsetzen und ggf. auch beenden während – über den Instanzenzug der nationalen Gerichte – eine Entscheidung über die Frage der Anmeldepflicht droht, die das gesamte Fusionskontrollverfahren nachträglich in Frage stellen könnte. Dies wurde vom *EuG* nicht bedacht¹¹¹² und spricht dafür, bereits den Beschluss nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO als selbständig vor den Unionsgerichten anfechtbar anzusehen. Was die Frage der Anmeldepflicht (Art. 1, 3 FKVO) angeht, ginge von diesem Beschluss mithin eine erhebliche Berücksichtigungspflicht i.S.d. Fallgruppen 1 und 2¹¹¹³ aus.

Dieses Ergebnis ändert allerdings nichts am gegenwärtigen Stand, wonach es nicht als gesichert gilt, dass eine Nichtigkeitsklage der anmeldenden Unternehmen im Fall der Eröffnung von Phase II als zulässig gilt. Wenn eine durch den Beschluss belastete Partei des Zivilrechtsstreits versucht hat, vor den Unionsgerichten Rechtsschutz gegen den Beschluss zu erhalten und dieser mit der Begründung zurückgewiesen wurde, der Beschluss sei grundsätzlich nicht anfechtbar, steht das nationale Gericht im Spannungsfeld zwischen einem Beschluss der Europäischen Kommission, der (nach

¹¹¹⁰ *Bauer in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, 3. A. 2016, FKVO Art. 6 Rn. 2; ablehnend, ohne Begründung, von *Koppenfels* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, FKVO Art. 6, Rn. 61; *Käseberg* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, FKVO Art. 6, Rn. 65; *Körber in Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 6, Rn. 24.

¹¹¹¹ *EuG*, Beschl. v. 27. November 2017 – T-907/16, ECLI:EU:T:2017:858 – Schwenk Zement, Rn. 15ff; *EuG*, Beschl. v. 27. November 2017 – T-902/16, ECLI:EU:T:2017:846 – HeidelbergCement AG, Rn. 22ff.

¹¹¹² S.o. Fn. 1111.

¹¹¹³ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

dem Wortlaut FKVO) abschließend ist, was die Bejahung des anmeldepflichtigen Zusammenschlusses angeht, und dem fehlenden effektiven Rechtsschutz der belasteten Partei. Insoweit ist allerdings zu bedenken, dass die FKVO die Zuständigkeit der Europäischen Kommission durch die Tatbestandsmerkmale in Art. 1 und 3 FKVO erst begründet. Sind die Tatbestandselemente nicht erfüllt, greift die FKVO nicht und besteht auch keine Zuständigkeit der Europäischen Kommission. Selbst wenn man der Europäischen Kommission in Folge einer Anmeldung oder Konsultation der Parteien einen vom Vollzugsverbot geschützten Zeitraum der Prüfung zubilligen wollte, wie es der *BGH* für das GWB gesehen hatte,¹¹¹⁴ sollte ihr die Freiheit zustehen, auch nach einem Beschluss zur Eröffnung von Phase II ihre Auffassung hinsichtlich der Anmeldepflicht zu ändern und ihre Unzuständigkeit zu erklären. Damit kann das nationale Gericht das Spannungsverhältnis zwischen fehlendem Rechtsschutz gegen den Beschluss zur Eröffnung des Hauptverfahrens und die Berücksichtigungspflicht bezogen auf diesen Beschluss auflösen, indem es dem Beschluss zuwiderlaufende Entscheidungen vermeidet und dabei im Sinne der Fallgruppe 4 vorgeht. Dabei wird es in dieser Konstellation nahe liegen, dass das nationale Gericht bei Zweifeln an der Anmeldepflicht mit der Europäischen Kommission in eine Konsultation eintritt und bei Fortbestehen von Zweifeln nach Art. 267 AEUV den *EuGH* einschaltet.

(e) Ahndung des Vollzugs eines nicht angemeldeten Vorhabens

Wie bereits oben darstellt, kann die Europäische Kommission in Beschlüssen mit Anordnungen und Bußgeldern ahnden, wenn gegen das Vollzugsverbot verstoßen wurde (Art. 8 Abs. 5 lit. a, Art. 14 Abs. 2 lit. b FKVO).¹¹¹⁵ Soweit die Europäische Kommission hier (abschließend) das Vorliegen eines anmeldepflichtigen Zusammenschlussvorhabens¹¹¹⁶ feststellt oder tragend zugrunde legt, gelten insoweit die vorstehenden Überlegungen für abschließende Beschlüsse, d.h. dass nationale Gericht ist maßgeblich i.S.d. Fallgruppen 1 und 2 gebunden an solche Beschlüsse und muss – wenn solche Beschlüsse anstehen könnten – prüfen, ob die Absicht der

¹¹¹⁴ Für das deutsche Fusionskontrollrecht hat der *BGH* (Beschl. v. 14. Oktober 2008 – KVR 30/08 – juris, Rn. 10, 14ff) entschieden, dass das Vollzugsverbot unabhängig von den formellen Voraussetzungen der Fusionskontrolle mit Anmeldung greift, um dem *BKartA* die notwendige Zeit zur Prüfung seiner Zuständigkeit zu geben. *Baron*, WuW 2009, 908, 911f, vertritt zu Recht, dass die Frage des Vollzugsverbots schon nach dem Wortlaut des GWB nicht von der Anmeldung abhängt.

¹¹¹⁵ S.o. 3.3.3(e)(viii) (ab Seite 130); *EuG*, Urt. v. 26. Oktober 2017 – T-704/14, ECLI:EU:T:2017:753 – Marine Harvest/ Kommission.

¹¹¹⁶ Oder einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot durch teilweise Vorwegnahme des beabsichtigten Zusammenschlusses (sog. gun jumping); vgl. *BGH*, Beschl. v. 14. November 2017, KVR 57/16, BB 2018, 267, 268, Rn. 54.

Europäischen Kommission hinreichend ist,¹¹¹⁷ um eine entsprechende Berücksichtigungspflicht (Fallgruppe 4) auszulösen.¹¹¹⁸

- (f) Entscheidungsfreiheit der nationalen Gerichte beim Fehlen einer Anmeldung und eines einschlägigen Beschlusses

Soweit die Parteien eine Konsultation mit und Anmeldung bei der Europäischen Kommission unterlassen haben und auch sonst eine Absicht der Europäischen Kommission zu einem fusionskontrollrechtlichen Beschluss nicht ersichtlich ist, stellt sich die Frage, ob das nationale Gericht im Rahmen des Art. 7 Abs. 4 FKVO über die materiellrechtlichen Vorschriften der Anmeldepflicht (Art. 1, 3 FKVO) entscheiden darf. Dazu ist die FKVO nochmals näher zu betrachten:

Wie oben dargestellt kann die Europäische Kommission durch Beschluss feststellen, dass ein angemeldeter Zusammenschluss nicht unter die FKVO fällt (Art. 6 Abs.1 lit. a FKVO). Erwägungsgrund (17) der FKVO könnte auf eine alleinige Kompetenz der Europäischen Kommission hindeuten. Danach *"ist"* der Europäischen Kommission *"vorbehaltlich der Nachprüfung ihrer Entscheidungen durch den Gerichtshof die ausschließliche Zuständigkeit für die Anwendung"* der FKVO zu übertragen. Umgesetzt wurde dies in Art. 21 Abs. 2 FKVO. Dieser stellt allerdings nur klar, dass die Europäische Kommission dafür zuständig ist, die in der FKVO *"vorgesehenen"* Entscheidungen zu erlassen.

Art. 6 Abs.1 lit. a FKVO setzt nach dem Wortlaut einen *"angemeldeten"* Zusammenschluss voraus und lässt damit offen, ob eine Zuständigkeit für die Europäische Kommission besteht, wenn keine Anmeldung vorliegt. Nach hier vertretener Meinung geht Art. 21 Abs. 2 FKVO dem oben zitierten Erwägungsgrund (17) vor¹¹¹⁹ und sagt aus, dass der Europäischen Kommission eben nur für die *"in der FKVO vorgesehenen Entscheidungen"* alleinige Kompetenz zukommen soll. Soweit ein solcher Beschluss mangels Anmeldung und eigener Initiative der Europäischen Kommission nicht ansteht, gibt es diese Kompetenz auch nicht.

¹¹¹⁷ S.o. 3.3.3(e)(viii) (ab Seite 130).

¹¹¹⁸ Für Bußgeldentscheidungen nach Art. 14 FKVO gilt auch der Grundsatz *ne bis in idem*; *EuG*, Urt. v. 26. Oktober 2017 – T-704/14, ECLI:EU:T:2017:753 – Marine Harvest/ Kommission, Rn. 292ff. Dieser spielt allerdings – wie oben unter 3.5.3 (ab Seite 183) dargestellt – im vorliegend untersuchten Zusammenhang keine Rolle.

¹¹¹⁹ Zum Vorrang der Regelungen einer VO vor den Erwägungsgründen s.o. 3.5.5(a) (ab Seite 187), dort Seite 189, bei Fn. 881.

Nach Art. 8 Abs. 5 lit. a FKVO "*kann*" die Europäische Kommission allerdings einstweilige Maßnahmen anordnen und nach Art. 14 Abs. 2 lit. b FKVO Bußgelder verhängen, wenn ein Zusammenschluss unter Verstoß gegen Art. 7 FKVO vollzogen wurde. In Verbindung mit Art. 21 Abs. 2 FKVO ließe sich mithin argumentieren, dass die FKVO auch insoweit eine alleinige Zuständigkeit der Europäischen Kommission vorgesehen hat und insoweit die Zuständigkeit der nationalen Gerichte für die Bestimmung der Anwendbarkeit der FKVO auf der Grundlage von Art. 1, 3 FKVO den nationalen Gerichten entzogen ist.

Es ist aber zu bedenken, dass Art. 8 Abs. 5 lit. a FKVO und Art. 14 Abs. 2 lit. b FKVO der Europäischen Kommission schon nach dem Wortlaut ein Aufgreifermessen einräumen.¹¹²⁰ Eine Entscheidung hierzu ist also nicht zwingend. In der Praxis hat die Europäische Kommission in verschiedenen Fällen schon darauf verzichtet, entsprechend zu agieren.¹¹²¹ Es tritt hinzu, dass das Verfahren nach Art. 8 Abs. 5 lit. a FKVO gestaltend und das nach Art. 14 Abs. 2 lit. b FKVO reaktiv (bußgeldrechtlich) ausgerichtet sind und beide zivilrechtliche Fragen nicht betreffen.

In der FKVO ist vielmehr ein Verfahren, mit der die zivilrechtliche Wirkung des Art. 7 Abs. 4 FKVO geltend gemacht werden kann, nicht vorgesehen und ist daher, wie eingangs dargestellt¹¹²² auf die nationalen Gerichte zurückzugreifen. Damit ist aber nicht zu vermeiden, dass diese – in Abwesenheit einer Anmeldung bei der Europäischen Kommission und deren hinreichender Absicht tätig zu werden – über die Tatbestandselemente "*Zusammenschluss*" und "*gemeinschaftsweite Bedeutung*" entscheiden dürfen und müssen. Art. 21 Abs. 2 FKVO greift insoweit nicht. Käme den nationalen Gerichten diese Kompetenz nicht zu, liefe Art. 7 Abs. 4 FKVO letztlich leer.

Deutsche Gerichte haben verschiedentlich Art. 7 Abs. 4 FKVO im Rahmen von Zivilrechtsstreitigkeiten herangezogen und dabei die Anwendbarkeit der FKVO geprüft, ohne die Befugnis hierzu in Frage zu stellen.¹¹²³ Es kann allerdings – abgeleitet aus dem Loyalitätsgebot – eine Pflicht der nationalen Gerichte bestehen, mit der Europäischen

¹¹²⁰ Ebenso Körber in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 8, Rn. 13, Art. 14, Rn. 2; Maas in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, FKVO Art. 14, Rn. 2; Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Käseberg in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, FKVO Art. 8, Rn. 130.

¹¹²¹ Maas in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, FKVO Art. 14, Rn. 2.

¹¹²² S.o. 3.7.2(a) (ab Seite 230).

¹¹²³ *OLG Dresden*, Urt. v. 15. Dezember 2009 – 14 U 818/09 - juris, Rn. 38ff; *LG Köln*, Urt. v. 23. Dezember 2009 – 28 O (Kart) 479/08, Rn. 133ff; *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg*, Urteil vom 12. Dezember 2013 – 3 U 38/11, Rn. 374f, allerdings die Anwendbarkeit der FKVO im konkreten Fall ablehnend.

Kommission in eine Konsultation einzutreten, soweit Anzeichen bestehen, dass die Europäische Kommission in derselben Sache tätig werden will oder geworden ist.¹¹²⁴

(g) Beurteilung über die Reichweite einer Freigabe

Im Rahmen einer Wirksamkeitsprüfung nach Art. 7 Abs. 4 FKVO kann die Frage relevant werden, ob eine bereits erteilte Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission einen bestimmten Sachverhalt erfasst, z.B. ob die Erweiterung des Tätigkeitsbereichs eines Gemeinschaftsunternehmens einen neuen, noch nicht freigegebenen Zusammenschlusstatbestand darstellt, oder ob es sich um einen von der bestehenden Freigabe gedeckten Tatbestand handelt.¹¹²⁵ In den beiden hierzu ersichtlichen Fällen haben die deutschen Gerichte insoweit die Entscheidungsbefugnisse bei sich gesehen.¹¹²⁶

Soweit keine Umstände vorliegen, nach denen die Europäische Kommission einen (weiteren) Beschluss beabsichtigt, wären die nationalen Gerichte nach dem in vorstehendem Punkt (f) gefundenen Ergebnis in ihrer Entscheidungsfindung völlig frei. Insoweit kann sich aus dem Loyalitätsgebot allerdings eine Konsultationspflicht ergeben, wonach sich das nationale Gericht mit der Europäischen Kommission abstimmen muss;¹¹²⁷ Grund hierfür ist, dass sich die Europäische Kommission im Fusionskontrollverfahren näher mit dem Zusammenschlussvorhaben befasst hat und zumindest Aussagen zu ihrem Willen machen kann; Zweifel über die Auslegung

¹¹²⁴ Vgl. dazu ausführlich unten 7.2.2 (ab Seite 309).

¹¹²⁵ Wessely/Wegner in *Wessely/Wegner* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 3 Rn. 133; v. Graevenitz, BB 2010, 1172ff.

¹¹²⁶ *OLG Dresden*, Urt. v. 15. Dezember 2009 – 14 U 818/09 – juris, Rn. 38ff. Das Urteil des OLG Dresden wurde vom *BGH* aufgehoben. Dieser stellte zwar die Argumentation des OLG Dresden in Frage, aber nur hinsichtlich des betrachteten Tatbestandes, nicht aber hinsichtlich der grundsätzlichen Frage, ob unter dem Recht der FKVO überhaupt geprüft werden dürfe; das Urteil des *BGH* scheint eher zu suggerieren, dass der *BGH* die Befugnisse der Zivilgerichte, auch insoweit zu entscheiden, nicht in Frage stellt; *BGH*, Urt. v. 27. März 2012 - KZR 108/10 – juris, Rn. 39.

LG Köln, Urt. v. 23. Dezember 2009 – 28 O (Kart) 479/08, Rn. 133ff. Das Urteil des LG Köln wurde zwar aufgehoben (*OLG Düsseldorf*, Urt. v. 3. November 2010 – VI-U (Kart) 15/10) wogegen auch eine Nichtzulassungsbeschwerde keinen Erfolg hatte (*BGH*, Beschl. v. 18. Oktober 2011 – KZR 102/10); die Fragen der FKVO spielten dort keine entscheidende Rolle mehr.

¹¹²⁷ *EuGH*, Urt. v. 15. September 2015 – C-574/14, ECLI:EU:C:2016:686 – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S. A. gegen Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Rn. 38ff, zu einem beihilfenrechtlichen Sachverhalt.

können auch im Wege des Art. 267 AEUV geklärt werden; zumindest in der letzten Instanz besteht hierzu auch eine Pflicht.

- (h) Ausnahme vom Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 2 und Abs. 4 UA 2 FKVO für öffentliche Übernahmeangebote, sukzessive Übernahmen und bestimmte Wertpapiergeschäfte

Die Ausnahme vom Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 2 FKVO für öffentliche Übernahmeangebote und sukzessive Übernahmen hängt nicht von einem Beschluss der Europäischen Kommission ab. Solche Vorhaben können (für eine kurze Übergangszeit) sogar vor einer Anmeldung ins Werk gesetzt werden. Auch die Ausnahme vom Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 4 UA 2 FKVO für bestimmte Wertpapierbörsengeschäfte hängt nicht von einem Beschluss der Europäischen Kommission ab. Über die entsprechenden Tatbestandselemente haben die nationalen Gerichte daher in eigener Verantwortung zu urteilen, es sei denn Beschlüsse nach Art. 8 Abs. 5 lit. a FKVO oder Art. 14 Abs. 2 lit. b FKVO liegen vor¹¹²⁸ oder sind hinreichend beabsichtigt.¹¹²⁹ Gleiches gilt bezogen auf die Frage, ob überhaupt ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss vorliegt. Insoweit kann sich auch eine Berücksichtigungspflicht ergeben, wenn die Parteien – wie es Art. 7 Abs. 2 lit. a FKVO vorsieht – unverzüglich eine Anmeldung bei der Europäischen Kommission angestrebt haben und sich die Europäischen Kommission hierzu positioniert hat.¹¹³⁰

- (i) Beurteilung, ob eine Vermutung nach Art. 10 Abs. 6 FKVO eingetreten ist

Nach Art. 10 Abs. 6 FKVO gilt ein Zusammenschluss als freigegeben, wenn die Europäische Kommission nicht innerhalb der in der FKVO bestimmten Fristen eine Freigabe- oder Untersagungsentscheidung trifft.¹¹³¹ Es handelt sich mithin um eine gesetzliche Fiktion, die einen Beschluss der Europäischen Kommission ersetzt. Für dieses Tatbestandsmerkmal sieht die FKVO kein gesondertes Verfahren vor; Art. 21 Abs. 2 FKVO findet keine Anwendung. Damit sind die nationalen Gerichte hier schon

¹¹²⁸ *EuG*, Urt. v. 26. Oktober 2017 – T-704/14, ECLI:EU:T:2017:753 – Marine Harvest/ Kommission, Rn. 26ff, beschreibt einen Fall, in dem die Europäische Kommission eine Beurteilung nach Art. 7 Abs. 2 FKVO der Feststellung eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbots und einer entsprechenden Bebußung tragend zugrundegelegt hat.

¹¹²⁹ Vgl. oben (f) (ab Seite 238).

¹¹³⁰ S.o. 3.3.3(e)(vi) und (vii) (ab Seite 128).

¹¹³¹ *Maas in Langen/Bunte*, Kartellrecht, FKVO Art. 11, Rn. 13.

aus der Perspektive der FKVO gehalten, in eigener Verantwortung über dieses Tatbestandsmerkmal zu entscheiden. Kein anderes Ergebnis ergibt sich aus primärrechtlicher Perspektive, da eine Willensbildung der Europäischen Kommission, von der Berücksichtigungs- oder nur Orientierungsfunktion ausgehen könnte, nicht vorliegt. Insoweit entspricht die Situation der einer beihilfenrechtlichen Genehmigungsfiktion nach Art. 4 Abs. 5 und 6 VO 2015/1589.¹¹³²

(j) Prüfung, ob gegen eine Auflage einer Freigabe verstoßen wurde

Der Verstoß gegen eine Auflage, die mit einer Freigabe verknüpft war, führt nicht *per se* zu einem Wegfall der Freigabe. Erwägungsgrund (31) der FKVO erläutert insoweit, dass der Europäischen Kommission in diesem Fall ein Widerrufsrecht bezogen auf ihre Freigabeentscheidung zukommt. Den nationalen Gerichten kommt insoweit keine eigene Entscheidungsbefugnis zu. Soweit die Europäische Kommission hier entschieden hat, müssen die nationalen Gerichte dies ebenso maßgeblich berücksichtigen (Fallgruppen 1 und 2¹¹³³) wie eine entsprechende Absicht dazu (Fallgruppe 4).

(k) Prüfung, ob eine auflösende Bedingung einer Freigabe eingetreten ist

Im Zusammenhang mit auflösenden Bedingungen einer Freigabe stellt sich zunächst die Frage, ob diese überhaupt zu einer Wirksamkeitsproblematik i.S.d. Art. 7 Abs. 4 FKVO führen. Nur wenn dies zu bejahen ist, ist zu prüfen, ob die nationalen Zivilgerichte bei einer entsprechenden Prüfung, insbesondere bezogen auf den Bedingungseintritt die Beschlusslage bei der Europäischen Kommission berücksichtigen müssen.

(i) Wirksamkeitsrelevanz des Eintritts einer auflösenden Bedingung

Der Erwägungsgrund (31) FKVO stellt klar, dass bei Durchführung eines Zusammenschlusses die Nichteinhaltung einer Bedingung dazu führt, dass der Zusammenschluss behandelt wird *"wie ein nicht angemeldeter und ohne Genehmigung vollzogener Zusammenschluss"*. Grund hierfür ist die Sichtweise, dass der *"Zusammenschluss damit in der vollzogenen Form von der Kommission nicht*

¹¹³² S.o. 3.6.4 (ab Seite 219).

¹¹³³ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

genehmigt ist". Diese genannten Erwägungsgründe sprechen dafür, dass der Zusammenschluss jedenfalls als von Anfang an nichtig zu behandeln wäre.

Nach Art. 8 Abs. 4 und 5 FKVO "*kann*" die Europäische Kommission Entflechtungsmaßnahmen anordnen, wenn sie feststellt, dass gegen eine zur Freigabe führende Bedingung verstoßen wurde. Nach Art. 14 Abs. 2 lit. d FKVO kann sie zudem in diesem Fall Bußgelder auferlegen. Die Einräumung eines Aufgreifermessens für die Europäische Kommission korrespondiert damit, dass der Eintritt einer auflösenden Bedingung nicht zwingend bedeutet, dass die materiellen Untersagungsvoraussetzungen vorliegen. Die Europäische Kommission kann also – ohne erneut einen Beschluss zu fassen – ein Vorhaben dulden, wenn sie der Auffassung ist, dass dieses – trotz Eintritts der von ihr zuvor vorgesehenen auflösenden Bedingung – wettbewerblich unbedenklich ist.¹¹³⁴ Schon dies spricht dafür, dass für den Zusammenschluss selbst die Unwirksamkeitsfolge im Fall der Nichteinhaltung einer auflösenden Bedingung einer Freigabe in Art. 7 FKVO nicht angelegt ist. Es tritt hinzu, dass zum Zeitpunkt des Vollzugs eine Freigabe vorlag, die mit der auflösenden Bedingung erst weggefallen ist.¹¹³⁵ Hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber hier eine Unwirksamkeitsfolge gewollt, hätte er dies positiv regeln müssen. Indizien aus den Erwägungsgründen genügen hier nicht.¹¹³⁶

Es ist allerdings die Ansicht denkbar, dass es – neben dem Kernelement eines Zusammenschlusses (Übernahme von Anteilen oder Assets) – Vereinbarungen und Handlungen geben kann, die als Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gelten und die erst nach Umsetzung dieses Kernelements geschlossen bzw. vorgenommen werden. Soweit dies angenommen würde, ist hierfür von Relevanz, dass die Freigabe mit dem Zeitpunkt des Eintritts der auflösenden Bedingung wegfällt¹¹³⁷ ohne dass es eines Widerrufs der Freigabe bedarf¹¹³⁸ und damit – zumindest für nach diesem Zeitpunkt

¹¹³⁴ So sieht sie es auch selbst, vgl. *Europäische Kommission*, Remedies-Mitteilung, Rn. 76.

¹¹³⁵ Auch *Cappellari* in *Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder*, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 89. EL, Art. 8 FKVO, Rn. 104a, nimmt an, dass Wirksamkeit vorliegt, wenn zum Zeitpunkt des Vollzugs kein Vollzugsverbot bestand.

¹¹³⁶ S.o. 3.5.5(a) (ab Seite 187), dort Seite 189, bei Fn. 881.

¹¹³⁷ *Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 8, Rn. 187.

¹¹³⁸ *Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 8, Rn. 187; *Europäische Kommission*, Remedies-Mitteilung, Rn. 20: "Wird dagegen eine Bedingung nicht erfüllt, wird ein Geschäft z. B. nicht innerhalb der in den Verpflichtungen vorgesehenen Frist veräußert oder später zurückgeworben, so ist die Entscheidung über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt nicht mehr anwendbar."

vorgenommene Handlungen, die noch als Vollzugshandlungen angesehen werden – die Nichtigkeitswirkung des Art. 7 Abs. 4 FKVO einträte. Die Parteien eines Zusammenschlusses können sich dagegen schützen, indem sie bei der Europäischen Kommission eine Änderung der Bedingungen beantragen und diese die Freigabeentscheidung formal abändert.¹¹³⁹

Ist das nicht geschehen und wird vor ein nationales Gericht die Frage getragen, ob eine solche Vereinbarung oder Handlung wirksam ist, gibt es insoweit also einen Entscheidungsgegenstand für die nationalen Zivilgerichte, bei dem auch die Frage des Bedingungseintritts zu prüfen ist. Fraglich ist, inwieweit diese Entscheidungsfreiheit haben oder doch von der Beschlusslage bei der Europäischen Kommission abhängen.

(ii) Nur begrenzte Entscheidungsfreiheit des nationalen Gerichts

Wie festgestellt liegt die Kompetenz für die Abänderung der Bedingungen ebenso bei der Europäischen Kommission wie die für Entflechtungs- und Bußgeldmaßnahmen im Fall von Bedingungsverstößen, die dabei ein Aufgreifermessen hat. Insoweit ist eine Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte anzunehmen, wenn ein entsprechender Beschluss bereits gefasst ist (Fallgruppen 1 und 2) bzw. ausreichend beabsichtigt ist (Fallgruppe 4). Soweit dies nicht der Fall ist, kann sich aus dem Loyalitätsgebot eine Konsultationspflicht ergeben, wonach sich das nationale Gericht mit der Europäischen Kommission abstimmen muss; Grund hierfür ist, dass die Europäische Kommission im Fusionskontrollverfahren die (von den Parteien angebotene) Bedingung in der Regel im Verhandlungswege mitgestaltet hat und damit sachnäher ist als das nationale Gericht.

(I) Prüfung, ob eine aufschiebende Bedingung einer Freigabe eingetreten ist

Die freigebende Wirkung eines fusionskontrollrechtlichen Beschlusses der Europäischen Kommission kann auch von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht werden. Hier sind zwei Regelungsarten denkbar: Die Europäische Kommission behält sich vor, die Erfüllung der Bedingung zu prüfen und zu bestätigen, was erst zur endgültigen Erfüllung der Bedingung führt.¹¹⁴⁰ In der Alternative führt die Durchführung einer bestimmten Handlung *per se* zum Einsetzen der Freigabewirkung.

¹¹³⁹ *Europäische Kommission*, Remedies-Mitteilung, Rn. 71.

¹¹⁴⁰ Vgl. bspw. *Europäische Kommission*, Beschl. v. 30. April 2013 – M.2903 – DaimlerChrysler/Deutsche Telekom wg. Toll Collect, S. 21, Art. 2 i.V.m. dem Qualitativen Moratorium (B.I. der Zusagen, S. 27 der fortlaufenden Nummerierung).

Ersteres bedarf eines Aktes der Europäischen Kommission den die nationalen Gerichte beachten müssen (Tatbestandswirkung im engeren Sinne¹¹⁴¹). Bei der Alternative, dem automatischen Wirken der Bedingung, ist ein Akt der Europäischen Kommission nicht vorgesehen; insoweit besteht hier Entscheidungsfreiheit der nationalen Gerichte, es sei denn, es ist eine hinreichende Absicht der Europäischen Kommission ersichtlich, zur Frage des Bedingungseintritts einen Beschluss zu fassen (z.B. zur Ahndung eines vermeintlichen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot wegen unterstellter Nichterfüllung der Bedingung); letzteres entspräche Fallgruppe 4. Zur Frage dieser Absicht kann eine Pflicht zur Konsultation mit der Europäischen Kommission bestehen.¹¹⁴² Wurde bereits ein solcher Beschluss gefasst, ist von einer maßgeblichen Berücksichtigungspflicht (Fallgruppen 1 und 2) auszugehen.

3.7.3 Kartellrechtliche Freigabe auf der Grundlage der FKVO bezogen auf die Koordinierung über Gemeinschaftsunternehmen

Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO sehen eine kartellrechtliche Beurteilung nach Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV vor für die "*Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das einen Zusammenschluss*" gem. Art. 3 FKVO darstellt und "*die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt*". Die Beurteilung bezieht sich hier nur auf die "*Koordinierung*" (sonstige Absprachen werden nach der VO 1/2003 behandelt¹¹⁴³).

Soweit nun nationale Gerichte über die unionskartellrechtliche Zulässigkeit entsprechender Maßnahmen zu entscheiden haben, stellt sich die Frage, ob von entsprechenden Beschlüssen der Europäischen Kommission Berücksichtigungspflicht ausgeht.

Freigabeentscheidungen nach Art. 8 Abs. 1 und 2 FKVO beziehen sich ausdrücklich auf Art. 2 Abs. 4 FKVO, sehen nach dem Wortlaut der Norm aber nur dann eine (dann kartellrechtlich wirkende) Entscheidung über die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt vor, wenn die "*Kriterien des Artikels 81 Abs. 3 des Vertrages*" (heute Art. 101 Abs. 3 AEUV) erfüllt sind. Damit normiert nach hier vertretener Auffassung die FKVO die Möglichkeit einer positiven Genehmigung i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV, die mit dem Wechsel von VO 17 auf VO 1/2003 im Wesentlichen (sonst) abgeschafft wurde.¹¹⁴⁴

¹¹⁴¹ S.o. 3.3.2(d)(ii)(B) (ab Seite 97).

¹¹⁴² Vgl. dazu ausführlich unten 7.2.2 (ab Seite 309).

¹¹⁴³ Käseberg in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, FKVO Art. 2, Rn. 341.

¹¹⁴⁴ Ebenso Körber in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 2, Rn. 651.

Eine solche Genehmigung ist unproblematisch von den nationalen Gerichte maßgeblich zu berücksichtigen (Fallgruppen 1 und 2), ebenso die Absicht dazu (Fallgruppe 4).

Für die Freigabeentscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO ist eine Entscheidung über die Aspekte nach Art. 2 Abs. 4 FKVO, Art. 101 Abs. 1, 3 AEUV überhaupt nicht erwähnt. Allerdings führt nach hier vertretener Auffassung schon die Existenz von Art. 2 Abs. 4 FKVO dazu, dass auch eine Freigabe in Phase I bezogen auf Art. 101 AEUV freigebende Wirkung hat, die der freigebenden Wirkung nach Art. 8 Abs. 1 und 2 FKVO entspricht. In der Praxis wird es von der Europäischen Kommission auch so gehalten.¹¹⁴⁵ Art. 2 Abs. 4 FKVO zwingt die Europäische Kommission zu einer Prüfung der Koordinierungswirkung eines angemeldeten Gemeinschaftsunternehmens und – im Fall des Vorliegens der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV und des Nicht-Vorliegens der Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV – zu einer Untersagung. Damit ist in jeder Freigabeentscheidung auch die Positionierung der Europäischen Kommission zu sehen, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV schon nicht anwendbar ist oder die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV gegeben sind, und hat dies für unionskartellrechtliche Entscheidungen der nationalen Gerichte maßgebliche Bedeutung (Fallgruppen 1, 2, 4).

Gleiches sollte aber auch für eine Freigabeentscheidungen nach Art. 8 Abs. 1 und 2 FKVO gelten, in der Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht ausdrücklich angesprochen ist, denn dies ändert nichts am gesetzlich nach Art. 2 Abs. 4 FKVO zwingend vorgesehenen Gehalt des Beschlusses. Offen bleibt hier – wie auch bei Entscheidungen in Phase I – nur, ob die Freigabe auf Art. 101 Abs. 3 AEUV beruht oder die Europäische Kommission schon Art. 101 Abs. 1 AEUV für nicht einschlägig hielt (also die betrachtete Konstellation etwa schon wegen fehlender Spürbarkeit nicht weiter betrachtet wurde).

3.7.4 Kartellrechtliche Freigabe von *Ancillary Restraints*

Nach dem Erwägungsgrund (21) FKVO ist diese *"auch dann anwendbar, wenn die beteiligten Unternehmen sich Einschränkungen unterwerfen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und dafür notwendig sind."* In Art. 6 Abs.1 lit. b zweiter UA, Art. 8 Abs. 1 zweiter UA, Abs. 2 dritter UA FKVO wird dementsprechend die Wirkung der Freigabeentscheidung erweitert auf *"Einschränkungen"*, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbundenen und für diese notwendig sind. Dies zugrunde gelegt spräche Einiges dafür,

¹¹⁴⁵ Körber in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 2, Rn. 617, Fn. 2285.

dass die Freigaben auch Bindungswirkung hinsichtlich dieses Aspekts haben und den nationalen Gerichten kein Entscheidungsspielraum mehr bleibt.

Dem ist allerdings nach hier vertretener Auffassung nicht so. Vielmehr stellen Art. 6 Abs.1 lit. b zweiter UA, Art. 8 Abs. 1 zweiter UA, Abs. 2 dritter UA FKVO überflüssige Regelungen dar. Denn Art. 101 Abs. 1 AEUV ist auf *Ancillary Restraints*, also Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und dafür notwendig sind, schon aufgrund des Immanenzgedankens nicht anwendbar.¹¹⁴⁶ Es bedarf also keiner gesonderten Freigabe. Dass nur dieses Ergebnis richtig sein kann, ergibt sich aus folgendem Kontrollgedanken: Nicht alle Unternehmenszusammenschlüsse unterfallen der FKVO, sondern nur nationalen oder unter Umständen sogar keinem Fusionskontrollregime(n). Wenn es für *Ancillary Restraints* unter Art. 101 AEUV einer Freistellung bedürfte, fehlte eine solche (vom Kartellverbot freistellende) Regel für die letztgenannten Fälle. Zudem macht Erwägungsgrund (21) deutlich, dass die Europäische Kommission in der Regel keine Einzelfallprüfung vornimmt.

Die Frage, ob der Immanenzgedanke greift und daher Art. 101 Abs. 1 AEUV auf mit dem Zusammenschluss verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen nicht anwendbar ist, wird daher nicht von der FKVO und daher auch nicht von Beschlüssen der Europäischen Kommission abgedeckt. Soweit es sich um *Ancillary Restraints* handelt, liegt ein kartellrechtliches Problem nicht vor. Soweit die Wettbewerbsbeschränkungen überschießend sind, gelten sie als nur gelegentlich des Zusammenschlusses getroffen und unterfallen (trotz des ungenauen Wortlauts) Art. 101 AEUV und der VO 1/2003 (bzw. nationalem Kartellrecht)¹¹⁴⁷ und damit auch der Zuständigkeit der nationalen Gerichte,¹¹⁴⁸ die unabhängig von der Europäischen Kommission entscheiden, soweit deren Freigabe – was, wie dargestellt, die Regel ist – die Thematik nicht abdeckt.¹¹⁴⁹

Gleichwohl ist es nicht ausgeschlossen, dass die nationalen Gerichte die Auffassung der Europäischen Kommission maßgeblich berücksichtigen müssen, weil sie sich – trotz des vorstehenden Ergebnisses – formal im Beschlusswege (Fallgruppen 1, 2)¹¹⁵⁰ mit der Frage der Zulässigkeit von *Ancillary Restraints* befasst hat (bzw. eine solche

¹¹⁴⁶ *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1985 – 42/84, ECLI:EU:C:1985:327 – *Remia*, Rn. 19, 20; *Käseberg* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, Art. 101 Rn. 186f, nach Art. 101 Rn. 19.

¹¹⁴⁷ *Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 21, Rn. 11.

¹¹⁴⁸ *Europäische Kommission*, AR-Bekanntmachung, Rn. 2.

¹¹⁴⁹ S.o. 3.3.3(c) (ab Seite 110).

¹¹⁵⁰ Vermutlich im Wege einer Positiventscheidung, s.o. 3.5.6 (ab Seite 199).

Befassung beabsichtigt, Fallgruppe 4). Erwägungsgrund (21) eröffnet diese Möglichkeit, indem er die anmeldenden Parteien auf die Möglichkeit verweisen, die *Ancillary Restraints* von der Europäischen Kommission auf "*Antrag der beteiligten Unternehmen ... im Fall neuer oder ungelöster Fragen, die zu ernsthafter Rechtsunsicherheit führen können, gesondert*" prüfen zu lassen. Eine neue oder ungelöste Frage soll dabei vorliegen, wenn diese nicht "*durch die entsprechende Bekanntmachung der Kommission oder eine veröffentlichte Entscheidung der Kommission geregelt ist.*"

3.7.5 Andere kartellrechtliche Aspekte

Nach Art. 21 Abs. 1 FKVO ist die VO 1/2003 nicht auf Zusammenschlüsse i.S.d. Art. 3 FKVO anwendbar. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber, dass die VO 1/2003 anwendbar bleibt auf (1) kartellrechtlich sensitive Handlungen vor einem Zusammenschluss (die oft zeitgleich einen Verstoß gegen das fusionskontrollrechtliche Vollzugsverbot bedeuten können; sog "*gun jumping*") sowie (2) Vorhaben, die keine Zusammenschlüsse i.S.d. Art. 3 FKVO darstellen (z.B. Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmen; Erwerb bloßer Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb) und kooperative Gemeinschaftsunternehmen ohne gemeinschaftsweite Bedeutung (Art. 21 Abs. 1, 2. HS FKVO)^{1151, 1152} Hier bleibt das EU-Kartellrecht voll anwendbar und findet keine Einschränkung durch die FKVO statt. In diesem Zusammenhang kann auf die Ausführungen oben zur VO 1/2003 verwiesen werden.

3.8 Zusammenfassung

Als wesentliches Element für die Sicherung einer einheitlichen Anwendung des Wettbewerbsrechts gilt die Pflicht der nationalen Zivilgerichte, Beschlüsse und beabsichtige Beschlüssen der Europäischen Kommission bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.

Auf der Grundlage des Primärrechts lässt sich feststellen, dass eine solche Berücksichtigungspflicht besteht, die auf das Loyalitätsgebot im Lichte von Art. 17 EUV, der Kompetenzverteilung in Art. 101ff, 107f AEUV und des Grundsatzes der Rechtssicherheit zurückzuführen ist. Insoweit konnten vier Fallgruppen herausgearbeitet werden, die das Zusammenspiel des Loyalitätsgebots mit

¹¹⁵¹ S.o. Fn. 130 (Seite 27).

¹¹⁵² Körber in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Einl. FKVO, Rn. 49, 66; Hoffer, NZKart 2018, 80ff.

einschränkenden, primärrechtlichen Bestimmungen, insbesondere zum effektiven Rechtsschutz, widerspiegeln.¹¹⁵³

Das höchste Maß an Berücksichtigungspflicht (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender gerichtlicher Entscheidungen) geht dabei von bestandskräftigen Beschlüssen aus, soweit Identität des dort betrachteten und des vom Gericht betrachteten Sachverhalts besteht; dieses schließt eine entsprechende Feststellungswirkung bezogen auf den angreifbaren Teil des Beschlusses ein (Fallgruppe 1). Liegt ein Beschluss vor, bei dem zwar Sachverhaltsidentität gegeben ist, der aber noch nicht bestandskräftig ist, ist dieser zwar auch maßgeblich (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender gerichtlicher Entscheidungen) zu berücksichtigen, allerdings in einer Weise, die seiner Vorläufigkeit Rechnung trägt (Fallgruppe 2). Ist im Vergleich des Sachverhalts eines Beschlusses der Europäischen Kommission und des Sachverhalts des nationalen Gerichts keine Identität, sondern nur Ähnlichkeit vorhanden, muss das Gericht zu einer eigenen Sachverhaltsfeststellung und einer eigenen Bewertung kommen, wobei dem Beschluss aber eine Orientierungsfunktion zukommt, die (nur) einer Befassungspflicht entspricht aber kein Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen bedeutet (Fallgruppe 3). Schließlich kommt einer hinreichenden Absicht der Europäischen Kommission, im gleichen Zusammenhang wie dem des nationalen Zivilgerichts zu einem Beschluss zu kommen, eine maßgebliche Wirkung für das nationale Gericht (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) zu, allerdings unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Entscheidungsfindung der Europäischen Kommission nicht abgeschlossen ist (Fallgruppe 4).

Bei der Frage, ob sich bei einem Widerspruch eines Beschlusses der Europäischen Kommission und einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung letztere durchsetzt, müssen die Zivilgerichte die Umstände des Einzelfalls berücksichtigen und dabei insbesondere prüfen, ob das einschlägige Unionsrecht in der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung berücksichtigt wurde.

Mit Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 hat der Gemeinschaftsgesetzgeber eine Regelung geschaffen, die die Berücksichtigungspflichten der nationalen Gerichte verdeutlicht. Der Norm kommt daher eine wichtige Klarstellungsfunktion zu. Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 schafft allerdings keine weiterreichenden Verpflichtungen als sie sich aus dem Primärrecht ableiten lassen. Im Gegenteil wird durch die unklare Regelung des Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003, der neben der Absicht zu einem Beschluss auch noch eine Verfahrenseröffnung voraussetzt, von der primärrechtlichen Pflicht der Gerichte

¹¹⁵³ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

abgelenkt, alleine die Absicht zu einem Beschluss maßgeblich (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) zu berücksichtigen. Zudem blendet Art. 16 VO 1/2003 die oben beschriebene Fallgruppe 3 völlig aus. Auch hat der Gemeinschafts-/Unionsgesetzgeber auf Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 entsprechende Regelungen für das Beihilfen- und Fusionskontrollrecht verzichtet.

Die Dogmatik der Berücksichtigungspflichten der nationalen Gerichte wurde von der Rechtsprechung und den Gemeinschaftsgesetzgeber (soweit er tätig wurde) vor allem mit Blick auf bestimmte Beschlussformen entwickelt, insbesondere die Abstellungsbeschlüsse im Unionskartellrecht und die Beschlüsse zur formalen Verfahrensbeendigung im Beihilfenrecht sowie – dort – die Beschlüsse zur Eröffnung eines formalen Prüfungsverfahrens. Auch die Literatur konzentriert sich im Wesentlichen auf diese Beschlussarten. Für alle anderen Beschlussformen des Unionskartell- und des Beihilfenrechts sowie für alle Beschlussformen des Fusionskontrollrechts sind dagegen deren Besonderheiten zu beachten. Soweit hier eine einheitliche Einordnung in die Fallgruppen nicht möglich ist, ist aber eine differenzierte Betrachtung möglich, bei der einzelnen Teilen des Beschlusses unterschiedliche Wirkungen im Sinne der genannten Fallgruppen zugeordnet werden können.

Einen Sonderfall bilden bisweilen Entscheidungen über die Wirksamkeit von Zusammenschlussvorhaben nach der FKVO, soweit hier bereits das Vorliegen/Nicht-Vorliegen einer Freigabe der Europäischen Kommission relevant ist. Durch die komplexen Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 FKVO entstehen hier eine Reihe von besonderen Sachverhalten mit je unterschiedlichen Berücksichtigungsanforderungen.

4. **BERÜCKSICHTIGUNGSPFLICHT DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION BEZOGEN AUF ENTSCHEIDUNGEN DER NATIONALEN ZIVILGERICHTE**

4.1 **Ausgangspunkt**

Oben wurde bereits dargestellt, dass sich – bei der Entscheidungsfindung nationaler Gerichte – die Rechtskraft einer vorangegangenen nationalen Gerichtsentscheidung derart durchsetzen kann, dass die Pflicht des nationalen Gerichts zur Berücksichtigung von (anderslautenden) Beschlüssen der Europäischen Kommission entfallen kann.¹¹⁵⁴ Allerdings gelten die dortigen Überlegungen zum Vorrang nationaler rechtskräftiger Gerichtsentscheidungen nur für die Frage, ob ein nationales Gericht einem Beschluss der Europäischen Kommission oder einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung den Vorrang bei der Berücksichtigung geben soll. Noch nicht beantwortet wurde die Frage, wie die Europäische Kommission im Zuge ihrer eigenen Beschlussfassung mit dem Vorliegen einer nationalen (zivil-) gerichtlichen Entscheidung umgeht.

Wie bereits oben festgestellt, kommt den nationalen (Zivil-) Gerichten als funktionalen Unionsgerichten eine wichtige Stellung bei der Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts zu. Da die Gerichte damit zu einer (zunehmend wichtiger werdenden) Stimme unter den Anwendern der entsprechenden Normen werden, stellt sich die Frage, ob sich nicht nur eine Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte bezogen auf (beabsichtigte oder gefasste) Beschlüsse der Europäischen Kommission aus dem Primärrecht ergibt, sondern auch umgekehrt eine Berücksichtigungspflicht der Europäischen Kommission bezogen auf Entscheidungen der nationalen Gerichte.

Der *EuGH* sieht die Europäische Kommission berufen, als zentraler (wenn auch nicht immer alleiniger) Entscheidungsträger im Bereich des EU-Wettbewerbsrechts über dessen einheitlichen Anwendung zu wachen. In der Entscheidung *Masterfoods*¹¹⁵⁵ stellte der *EuGH* daher auch klar, dass die Europäische Kommission – ungeachtet der Zuständigkeitsverteilung – *"bei der Erfüllung der ihr durch den Vertrag zugewiesenen Aufgabe nicht an eine Entscheidung gebunden"* sei, *"die ein nationales Gericht in Anwendung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 EG-Vertrag erlässt."*¹¹⁵⁶ Sie sei somit

¹¹⁵⁴ S.o. 3.3.5(d) (ab Seite 152).

¹¹⁵⁵ *EuGH*, Urt. v. 14. Dezember 2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 – *Masterfoods*, Rn. 48.

¹¹⁵⁶ Bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 14. Oktober 2010 – C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603- *Deutsche Telekom AG*, Rn. 90, bezogen auf Entscheidungen nationaler Behörden; *EuG*, Urt. v. 25. November 2014 – T-402/13, ECLI:EU:T:2014:991 – *Orange*, Rn. 27 bezogen auf Entscheidungen nationaler Behörden und Gerichte.

"befugt, jederzeit Einzelentscheidungen zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag zu treffen, auch wenn eine Vereinbarung oder Verhaltensweise bereits Gegenstand einer Entscheidung eines nationalen Gerichts ist und die von der Kommission ins Auge gefasste Entscheidung zu dieser in Widerspruch steht."¹¹⁵⁷ Dies hat auch Zustimmung in der Literatur gefunden.¹¹⁵⁸ Im Folgenden soll diese Auffassung hinterfragt werden.

4.2 Primärrecht

4.2.1 Grundsatz der Rechtssicherheit

Es hat sich bereits oben¹¹⁵⁹ ergeben, dass der Aspekt der Rechtssicherheit zunächst ein wichtiger Grund für den *EuGH* (und Teile der Literatur) war, eine Berücksichtigungspflicht zu Lasten der nationalen Gerichte bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission zu begründen. Es wurde dort aber auch dargestellt,¹¹⁶⁰ dass der Grundsatz in einem Spannungsverhältnis steht, welches durch die Binnenmarktidee auf der einen und den dezentralen Vollzug des Unionsrechts auf der anderen Seite gebildet wird, und der Grundsatz nicht zwingend Ausweis eines Gefälles an Verlässlichkeit im Vergleich zwischen Beschlüssen der Europäischen Kommission und Entscheidungen der nationalen Gerichte ist. Dennoch wurden gute Gründe ermittelt, warum der Grundsatz der Rechtssicherheit zumindest indiziell für eine Berücksichtigungspflicht spricht. So lässt sich vertreten, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit als Ausprägung des Rechtsstaatlichkeitsgrundsatzes eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts zumindest als Ziel vorgibt, denn eine gleichförmige Beurteilung gleicher Sachverhalte trägt zur Stabilität der Rechtsbeziehungen zwischen den Wirtschaftsteilnehmern und damit zu einem stabilen Fundament für die Wirtschaft im Binnenmarkt (und den einzelnen Mitgliedstaaten) bei.

Ebenso wie sich so argumentieren lässt, dass die (maßgebliche) Berücksichtigung eines bestehenden (oder gar nur beabsichtigten) Beschlusses der Europäischen Kommission

¹¹⁵⁷ Ebenso *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 14. September 2006 – C-119/05, ECLI:EU:C:2006:576 – Lucchini, Rn. 80. Ähnlich, ohne nähere Begründung, *EuG*, Urt. v. 26. Oktober 2017 – T-704/14, ECLI:EU:T:2017:753 – Marine Harvest/ Kommission, Rn. 161.

¹¹⁵⁸ So ohne weitere Begründung auch *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 14, oder *Kamann/Horstkotte*, WuW 2001, 458ff, II.2.c). Ebenso *Schneider* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 3; *Imgrund*, S. 196f; *Schmidt* in *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 15 Rn. 13. A.A. aber *Weiß* in *Terhechte (Hrsg.)*, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 20, Rn. 76f.

¹¹⁵⁹ S.o. 3.2 (ab Seite 75) und 3.3.2(a) (ab Seite 80)

¹¹⁶⁰ S.o. 3.3.2(a) (ab Seite 80).

durch ein nationales Gericht (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) der Rechtssicherheit dient, ließe sich argumentieren, dass auch die (maßgebliche) Berücksichtigung einer bereits vorliegenden zivilgerichtlichen Entscheidung durch die Europäische Kommission (i.S. eines Verbots zuwiderlaufenden Beschlusses) der Rechtssicherheit dient, namentlich dann, wenn die gerichtliche Entscheidung rechtskräftig ist, denn immerhin erkennt auch das Unionsrecht an, dass sich die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen auch gegen Beschlüsse der Europäischen Kommission durchsetzen kann (auf der Ebene der Entscheidungsfindung nationaler Gerichte).¹¹⁶¹

Insoweit ist allerdings zu berücksichtigen, dass Zivilgerichte im kontradiktorischen Verfahren eine andere Herangehensweise an die Sachverhaltsermittlung haben. Die richterliche Feststellung des Sachverhalts ist vom Parteivortrag abhängig. Zwar kann dieser dazu führen, dass das Zivilgericht eine umfassende Ermittlung des Sachverhalts auf der Grundlage von Zeugenaussagen, Dokumenten etc. vornimmt, die (zumindest im Grundsatz) einer behördlichen Sachverhaltsermittlung durch die Europäische Kommission entspricht. Allerdings kann der zugrundezulegende Sachverhalt auch stark von zivilprozessualen Methoden abhängig sein. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass dieser die Wirklichkeit nicht in allen Punkten vollständig oder richtig abbildet.

Schon vor diesem Hintergrund scheidet aus dem Aspekt der Rechtssicherheit eine maßgebliche Berücksichtigung eines vom Zivilgericht zugrunde gelegten Sachverhalts (i.S. einer ungeprüften Übernahme) durch die Europäische Kommission aus. Diese muss vielmehr vollständig selbst ermitteln.

Kommt die Europäische Kommission allerdings zu dem Ergebnis, dass zwischen dem von ihr zu beurteilenden Sachverhalt und dem vom Zivilgericht beurteilten Sachverhalt Identität besteht, stellt sich die Frage, ob sich aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit nicht die Verpflichtung der Europäischen Kommission ergibt, die Positionierung des Zivilgerichts maßgeblich (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Beschlüsse) zugrunde zu legen. Hierfür spricht, dass der Umstand, dass die nationalen Gerichte zur unmittelbaren Anwendung von Unionsrecht berufen sind, Ausdruck des Vertrauens ist, den die Unionsrechtsordnung in ihre Kompetenz legt. So hat der *EuGH* – wie bereits oben dargestellt¹¹⁶² – unlängst die Auffassung vertreten, dass die Bejahung des Vorliegens einer (genehmigungspflichtigen) Beihilfe durch ein nationales Gericht die

¹¹⁶¹ S.o. 3.3.5(d) (ab Seite 152).

¹¹⁶² S.o. Seite 58 (bei Fn. 269).

Pflicht der nationalen Behörde induzieren kann, die Beihilfe bei der Europäischen Kommission anzumelden.¹¹⁶³

Ob dieses Argument allerdings durchschlagend ist, kann nur in einer Gesamtschau mit anderen primärrechtlichen Aspekten erfolgen, die in den nächsten Unterabschnitten beleuchtet werden.

Aus dem Aspekt der Rechtssicherheit heraus erscheint es wenig sinnvoll, *anstehenden* zivilgerichtlichen Entscheidungen im kontradiktorischen Verfahren eine verbindliche oder auch nur eine unverbindliche Orientierungswirkung zuzuschreiben. Da es die Parteien eines solchen Verfahrens in der Hand haben, dem Gericht die Entscheidungskompetenz (nahezu) jederzeit zu entziehen und die Richter zu ihrer Entscheidung erst nach Abschluss des Austauschs aller Argumente kommen,¹¹⁶⁴ kommt einem laufenden Zivilverfahren keine Berücksichtigungspflicht für die Europäische Kommission zu. Dies gilt umso mehr, als die Tatsachengrundlage des gerichtlichen und des behördlichen Verfahrens – wie dargestellt – nicht zwingend gleich ist.

Zwingend berücksichtigen muss die Europäische Kommission allerdings die *Regelungswirkung* einer rechtskräftigen nationalen Gerichtsentscheidung, wenn das unionale Primärrecht diese auf der Grundlage rechtsstaatlicher Grundsätze (Rechtsfrieden, Beständigkeit rechtlicher Beziehungen, geordnete Rechtspflege) schützt.¹¹⁶⁵ Wie oben¹¹⁶⁶ dargestellt, kann insoweit der Gedanke des Rechtsfriedens zu Gunsten der Anerkennung der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung überwiegen. Hier muss die Europäische Kommission bei ihrer Beschlussfassung im Rahmen einer – unionsgerichtlich überprüfbaren – Abwägungsentscheidung prüfen, inwieweit ein Ausgleich zwischen der effektiven Durchsetzung des Unionswettbewerbsrechts und den unionsrechtlichen Zielen Rechtsfrieden, Beständigkeit rechtlicher Beziehungen und geordnete Rechtspflege geschaffen werden kann.

4.2.2 Loyalitätsgebot i.V.m. den primärrechtlichen Aufgabenzuweisungen

Schon der Grundsatz der Gemeinschaftstreue wurde als ein auf *Gegenseitigkeit* angelegter Verfassungsgrundsatz verstanden, nach dem nicht nur Loyalitätspflichten

¹¹⁶³ *EuGH*, Urt. v. 18. Mai 2017 – C-150/16, ECLI:EU:C:2017:388 – Fondul Proprietatea SA gegen Complexul Energetic Oltenia SA, Rn. 44.

¹¹⁶⁴ Ausnahme: Hinweisbeschlüsse, die allerdings wiederum nur vorläufige Bewertungen enthalten.

¹¹⁶⁵ S.o. Seite 154 (bei Fn. 731).

¹¹⁶⁶ Ab Seite 157.

der Mitgliedstaaten gegenüber der EU sondern auch Loyalitätspflichten der EU und ihrer Organe gegenüber den Mitgliedstaaten bestehen; dieser Grundsatz ist heute für die Union in Art. 4 Abs. 3 EUV positiv gefasst.¹¹⁶⁷ Gerade weil dieses Loyalitätsgebot als Grundprinzip einer föderativen Ordnung begriffen wird und weil Art. 4 Abs. 3 EUV die *"gegenseitige Achtung ... der jeweils eigenen Handlungssphären im Verbund aus Union und Mitgliedstaaten"* hervorhebt, erscheint es zwingend, dass die Europäischen Kommission bestehende Entscheidungen nationaler Gerichte, die zum selben Sachverhalt ergangen sind, nicht grundsätzlich ignorieren darf, sondern sie diese – soweit sie ihr bekannt sind – zumindest im Sinn einer Befassungspflicht berücksichtigen muss. Der Grundsatz der Rechtssicherheit unterstützt – wie vorstehend dargestellt – diesen Befund.

Soweit aus Art. 4 Abs. 3 EUV ein Kohärenzgebot und die Pflicht zur einheitlichen Rechtsanwendung in der Union abgeleitet wird,¹¹⁶⁸ erscheint es zudem denkbar, dass sich aus dem Loyalitätsgebot auch eine Pflicht der Europäischen Kommission ergibt, Beschlüsse zu unterlassen, die vorangegangenen gerichtlichen Entscheidungen zum selben Sachverhalt zuwiderlaufen.

Es hat sich allerdings bereits oben¹¹⁶⁹ ergeben, dass das Loyalitätsgebot im Sinne einer gleichberechtigten, gegenseitigen Zusammenarbeitspflicht gefasst ist und isoliert betrachtet gerade kein Hierarchiegefälle vorgibt. Dies könnte gegen eine Pflicht der Europäischen Kommission sprechen, nationalen, gerichtlichen Entscheidungen zuwiderlaufende Beschlüsse zu unterlassen.

Hier wäre es denkbar, den Verbund- und Netzwerkgedanken aus dem Unionsverwaltungsrecht fruchtbar zu machen, der auch für das Unionswettbewerbsrechts Bedeutung hat und als Instrument des Ausgleichs zwischen den Prinzipien dezentralen Vollzugs und dem Ziel einer einheitlichen Durchführung des Unionsrechts herangezogen wird.¹¹⁷⁰ Der europäische Verwaltungsverbund kann

¹¹⁶⁷ S.o. 2.4.2 (ab Seite 62), insbes. Seite 63.

¹¹⁶⁸ S.o. 3.3.2(b) (ab Seite 85), insbes. bei Fn. 420 bis 423 (ab Seite 86).

¹¹⁶⁹ S.o. 3.3.2(b) (ab Seite 85).

¹¹⁷⁰ W. Weiß, Verwaltungsverbund, S. 183; Hwang, DÖV 2014, 681, 683, 686; vgl. auch Pernice, ZaöRV 2010, 51, 52.

verstanden werden als Weiterführung und Konsequenz aus dem europäischen Verfassungsverbund^{1171, 1172}

Grundsätzlich gedacht besteht ein Netzwerk aus der Verbindung einer Vielzahl von Knoten und können die verschiedenen Entscheidungsträger aus den Bereichen Verwaltung und Gerichten als diese Knoten verstanden werden; diesem sehr grundsätzlichen, vom konkret anwendbaren Recht abstrahierenden Gedanken könnte allerdings die Idee innewohnen, dass *"jede Organisation nur noch für sich selbst verantwortlich sei."*¹¹⁷³ Zudem ist der Begriff des Netzwerkes vage und kann (auch) zur Beschreibung sehr lockerer Verbünde verwendet werden, in denen nicht die gegenseitige, maßgebliche Beeinflussung, sondern etwa nur ein Informationsaustausch¹¹⁷⁴ und informelle Kooperation¹¹⁷⁵ der Gegenstand der Zusammenarbeit ist. Die Vagheit des Begriffs wird allerdings relativiert, wenn das Zusammenspiel der Entscheidungsträger durch ein normatives Konzept geregelt wird.¹¹⁷⁶

Das duale Vollzugskonzept des Unionsrechts – direkter Vollzug durch die Organe der EU, indirekter Vollzug durch die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte – beruht auf dem organisatorischen Grundsatz einer mitgliedstaatlichen Verwaltung.¹¹⁷⁷ Allerdings weicht das System der Durchführungszuständigkeiten im Unionswettbewerbsrecht hiervon ab, denn im Unionskartellrecht werden primärrechtlich nur der Europäischen Kommission dauerhaft Durchführungszuständigkeiten zugewiesen (Art. 105 AEUV), den nationalen *"Behörden"* dagegen nur bis zum Vorliegen einer sekundärrechtlichen Regelung nach Art. 103 AEUV, und Art. 107f AEUV weisen nach ihrem Wortlaut im Beihilfenrecht ausschließlich der Europäischen Kommission Durchführungszuständigkeiten zu.¹¹⁷⁸ Während also in anderen Bereichen des Vollzugs des Unionsrechts als Ausgangspunkt

¹¹⁷¹ Zum Verfassungsverbund vgl. auch *Pernice*, ZaöRV 2010, 51ff.

¹¹⁷² *W. Weiß*, Verwaltungsverbund, S. 183. Vgl. auch *Calliess*, NVwZ 2018, 1, 2.

¹¹⁷³ *Schliesky*, DÖV 2009, 641, 642, 649.

¹¹⁷⁴ *Schliesky*, DÖV 2009, 641, 643, 645: *"vernetzte Beliebigkeit"*.

¹¹⁷⁵ *Pernice*, ZaöRV 2010, 51, 62.

¹¹⁷⁶ *Schliesky*, DÖV 2009, 641, 644, unter Verweis auf Art. 85 Abs. 1 EGV (heute Art. 105 Abs. 1 S. 2 AEUV) als eine der Grundlagen des ECN.

¹¹⁷⁷ *Gräditz in Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union*, § 35 Rn. 25f; s.o. 2.3.1(b) (ab Seite 31).

¹¹⁷⁸ S.o. 3.3.2(c) (ab Seite 92).

der Vollzug durch die Mitgliedstaaten steht und davon ausgehen eine Verbundverwaltung unter Einbeziehung von Verwaltungseinrichtungen der Union entsteht, kann der Vorgang im Rahmen des Unionswettbewerbsrecht umgekehrt von einer primärrechtlichen eher zentralen Anlage der Durchführungszuständigkeit mit einer – sekundärrechtlichen – Dezentralisierung verstanden werden.¹¹⁷⁹

Insoweit ist zu Gunsten der Europäischen Kommission einzustellen, dass das Loyalitätsgebot nicht nur kein Hierarchiegefälle zu Gunsten der Gerichte vorgibt sondern sich – im Gegenteil – die Europäische Kommission mit Blick auf Art. 17 EUV sowie die speziellen EU-wettbewerbsrechtlichen Vorschriften¹¹⁸⁰ als "*primus inter pares*" darstellt. Es liegt vor diesem Hintergrund nicht nahe, dass die Europäische Kommission im Rahmen des Loyalitätsgebots auch die Pflicht hat, Beschlüsse zu unterlassen, die nationalen, gerichtlichen Entscheidungen zuwiderlaufen.

4.2.3 *effet utile*-Gedanke

Der *EuGH* hat – wie oben dargestellt¹¹⁸¹ – zu Gunsten einer Pflicht der nationalen Gerichte, Beschlüsse der Europäischen Kommission zu berücksichtigen, auch den Gedanken des *effet utile* herangezogen. Mit diesem Gedanken könnte auch argumentiert werden, dass auch die Berücksichtigung der Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts durch die nationalen Gerichte durch die Europäische Kommission dessen praktischer Wirksamkeit dient, insbesondere wenn diese Gerichte (wie in Deutschland im Bereich des Kartellrechts) besonders spezialisiert sind. Es ist aber ebenso vertretbar, dass eine autonome Anwendung des Unionswettbewerbsrecht durch die Europäische Kommission diesem Ziel dient.

4.2.4 Schlussfolgerungen

Soweit Sachverhaltsidentität besteht, ergibt sich nach hier vertretener Auffassung aus dem Loyalitätsgebot im Lichte des Grundsatzes der Rechtssicherheit die Pflicht der Europäischen Kommission, sich mit der gerichtlichen Entscheidung zu befassen,¹¹⁸² denn das primäre Unionsrecht weist den nationalen Gerichten beim Vollzug des Unionswettbewerbsrechts eine wichtige Aufgabe zu, so dass deren Stimme von der

¹¹⁷⁹ Gräditz in Rengeling/Middeke/Gellermann, *Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union*, § 35 Rn. 26ff.

¹¹⁸⁰ S.o. 3.3.2(c) (ab Seite 92).

¹¹⁸¹ S.o. 3.3.2(c)(i) (ab Seite 92).

¹¹⁸² In diese Richtung auch Becker/Vollrath in von der Groeben/Schwarze/Hatje, *Europäisches Unionsrecht*, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5.

Europäischen Kommission gehört werden sollte, gerade weil das Loyalitätsgebot als Gegenstromprinzip gestaltet ist.

Die Frage, ob die Europäische Kommission in diesem Fall die vom Gericht gefundenen Bewertung *maßgeblich* (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Beschlüsse) zugrunde zu legen hat, steht im Spannungsverhältnis des Ziels einer kohärenten Anwendung des Unionsrechts auf der einen Seite und der herausgehobenen Position der Europäischen Kommission auf der anderen Seite. Aus Sicht des *EuGH* und von Kommentatoren¹¹⁸³ setzt sich hier offenbar Letzteres durch. *Imgrund* argumentiert zudem, dass die Europäische Kommission das "*Gemeinschaftsinteresse*" berücksichtigen müsse, während diese Pflicht den nationalen Gerichten nicht zukomme.¹¹⁸⁴ Ob dies in dieser Pauschalität so richtig sein kann, ist fraglich.

Soweit das Unionsinteresse als Maßstab für das Aufgreifen von Fällen durch die Europäische Kommission bei der Ausübung ihres Aufgreifermessen verstanden wird, ist dies getrennt zu betrachten: Nationale Zivilgerichte müssen sich im kontradiktorischen Verfahren und im Rahmen der zivilprozessualen Regelungen mit einer von einer Partei vorgebrachten Klage befassen, während der Europäischen Kommission ein Aufgreifermessen zukommt, bei welchem sie Unionsinteressen einstellt.¹¹⁸⁵ Soweit sich die Europäische Kommission aber zum Aufgreifen eines Falles entschieden hat, hat sie das Unionsinteresse insoweit berücksichtigt. Wenn sie dann mit einer Entscheidung eines nationalen Gerichts zu selben Sache konfrontiert ist, ist zu bedenken dass die nationalen Gerichte in der Anwendung des Unionswettbewerbsrechts als funktionale Unionsgerichte agieren und gerade wegen Art. 4 Abs. 3 EUV ebenfalls gehalten sind, Unionsinteressen zu berücksichtigen. Zwar sind in der Tat gewisse Zielkonflikte im Vergleich von gerichtlicher und unionsbehördlicher Befassung mit dem Unionsrecht nicht auszuschließen; diese sind allerdings eher im Bereich des Verfahrens anzusiedeln (insbesondere die Behandlung von Kronzeugen¹¹⁸⁶), als im Bereich der materiell-rechtlichen Entscheidung über ein und denselben Sachverhalt.

¹¹⁸³ Vgl. o. Fn. 1158 (Seite 252).

¹¹⁸⁴ *Imgrund*, S. 197.

¹¹⁸⁵ *EuG*, Urt. v. 11. Januar 2017 – T-699/14, ECLI:EU:T:2017:2 – Topps Europe Ltd gegen Europäische Kommission, Rn. 63 bis 65, 125ff; *Zuber*, S. 39ff.

¹¹⁸⁶ *Weitbrecht*, NJW 2017, 1574, der darauf hinweist, dass die SE-RL gerade dem Ausgleich dieser Interessen dient.

Zudem mag es zwar einleuchten, der Europäischen Kommission eine eigene Meinungsbildung zuzubilligen, wenn ihr beispielsweise "nur" die Auffassung eines erstinstanzlichen Gerichtes vorliegt, welches dem Verdacht unterliegen mag, aufgrund seltener Befassung mit der Materie die Rechtsentwicklung nicht sicher angemessen nachgezeichnet zu haben¹¹⁸⁷ und dessen (vielleicht daher fragwürdige) Entscheidung nur deshalb rechtskräftig wurde, weil die unterlegene Partei (z.B. mangels Ressourcen) von einer Berufung oder Revision abgesehen hat. In vielen Fällen dürfte dieser Verdacht aber nicht berechtigt sein. Allerdings ist eine gewisse Zersplitterung der Meinungsbildung bei den unterinstanzlichen Gerichten nicht auszuschließen, etwa wenn das selbe Kartell vor verschiedenen Landgerichten von verschiedenen Klägern zum Gegenstand gerichtlicher Befassung gemacht wird.¹¹⁸⁸

Anderes mag gelten, soweit der Europäischen Kommission Entscheidungen höherinstanzlicher Gerichte vorliegen, die erhebliche Erfahrung in der Anwendung des einschlägigen Rechts aufweisen (z.B. die Kartellsenate des OLG Düsseldorf oder der des *BGH*) und die sich in der Regel eingehend um den Abgleich ihrer Rechtsprechung mit den Auffassungen der Europäischen Kommission und der Unionsgerichte bemühen. Hier liegt es nicht fern, entsprechenden gerichtliche Entscheidungen (zumindest wenn sie rechtskräftig sind), einen maßgeblichen Leitcharakter auch für die Europäische Kommission zuzuschreiben.

Letztlich sind aber nach hier vertretener Auffassung weder das Loyalitätsgebot noch der *effet utile*-Gedanke ausreichend deutlich, um eine solche Pflicht zur maßgeblichen Berücksichtigung zu konstruieren. Das Loyalitätsgebot gibt für sich kein Hierarchiegefälle vor und die primärrechtliche Aufgabenverteilung benennt die Europäische Kommission, nicht aber die nationalen Gerichte. Damit sprechen die überwiegenden Gründe für die Auffassung des *EuGH*, dass eine Pflicht zum maßgeblichen Berücksichtigung nicht besteht. Allerdings gebietet es das Loyalitätsgebot aus den oben beschriebenen Gründen, dass die Europäische Kommission grundsätzlich zurückhaltend und mit Augenmaß über das "Ob" zuwiderlaufender Beschlüsse entscheidet¹¹⁸⁹ und Abweichungen zu begründet. Will die

¹¹⁸⁷ Die Europäische Kommission konstatiert in der Studie Fortbildungsbedarf, S. 5f, 8, dass die Zahl der potentiell mit EU-Wettbewerbsrecht befassten Richter hoch, die Wahrscheinlichkeit, tatsächlich mit einem entsprechenden Fall befasst zu werden dagegen klein ist, weshalb es auch schwierig sei, solche Richter effektiv mit Fortbildungsmaßnahmen zu erreichen.

¹¹⁸⁸ *Weitbrecht*, NJW 2017, 1574, 1576.

¹¹⁸⁹ vgl. *Becker/Vollrath* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 5.

Europäische Kommission einen Beschluss fassen, der die Regelungswirkung einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung unterlaufen würde, muss sie prüfen, inwieweit ein Ausgleich zwischen der effektiven Durchsetzung des Unionswettbewerbsrechts und den unionsrechtlichen Zielen Rechtsfrieden, Beständigkeit rechtlicher Beziehungen und geordnete Rechtspflege geschaffen werden kann und ob nicht schon der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit gebietet, von einem zuwiderlaufenden Beschluss abzusehen. So trägt die Europäische Kommission zur Einheit der Unionsrechtsordnung bei¹¹⁹⁰ und wird ihrer Leuchtturmfunktion gerecht.

4.3 Sekundärrecht

Das EU-Wettbewerbsrecht gibt auf der Ebene des Sekundärrechts keine Berücksichtigungspflichten zu Lasten der Europäischen Kommission bezogen auf nationale, zivilgerichtliche Entscheidungen vor. Allerdings ist in Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003 die Möglichkeit der Europäischen Kommission angelegt, Verfahren zu Lasten der Behörden der Mitgliedstaaten an sich zu ziehen. Aus dem Fehlen einer entsprechenden Regelung in Bezug auf die nationalen Zivilgerichte, die im kontradiktorischen Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche entscheiden,¹¹⁹¹ lässt sich zwar ableiten, dass eine parallele Verfahrensführung bei Europäischer Kommission und solchen Gerichten möglich ist, nicht aber eine Berücksichtigungspflicht in der einen oder anderen Richtung. Auch der bereits oben erwähnte Art. 15 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003, welcher eine Pflicht der Mitgliedstaaten vorsieht, der Europäischen Kommission entsprechende Urteile zu übermitteln, mag es unterstützen, dass sich die Europäische Kommission an solchen Urteilen orientiert, regelt aber kein darüber hinausgehendes Berücksichtigungsgebot.

4.4 Keine Pflicht der Europäischen Kommission zur Ermittlung einschlägiger nationaler gerichtlicher Entscheidungen

Soweit – wie dargestellt – eine Pflicht der Europäischen Kommission besteht, sich mit der Auffassung der nationalen Zivilgerichte bei identischer Sachverhaltslage auseinanderzusetzen, stellt sich die Frage, ob die Europäische Kommission von den entsprechenden Entscheidungen überhaupt Kenntnis erlangen kann. Nach hier vertretener Auffassung lässt sich schon aus dem Loyalitätsgebot ableiten, dass die

¹¹⁹⁰ *Weitbrecht*, WuW 2017, 244.

¹¹⁹¹ Vgl. VO 1/2003, Erwägungsgrund (35), Art. 35 Abs. 3, 4 für nationale Gerichte, die im Zusammenhang mit dem Verwaltungsverfahren tätig werden.

Europäische Kommission nach einer etwaigen vorangegangenen gerichtlichen Entscheidungen recherchieren muss, wenn ihr Anhaltspunkte vorliegen, dass eine solche ergangen ist. Dies entspricht schon ihrer Rolle als Überwacherin der Anwendung des Unionsrechts (Art. 17 Abs. 1 S. 3 EUV).¹¹⁹²

Fraglich ist allerdings, ob die Loyalitätspflicht so weit reicht, dass die Europäische Kommission anlasslos verpflichtet wäre, bei anstehenden Beschlüssen zu recherchieren, ob sich ein Gericht der Mitgliedstaaten bereits mit dem Fall befasst hat. Hier streitet das Ziel einer kohärenten Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union und die Aufgabe der Europäischen Kommission als Überwacherin der Anwendung des Unionsrechts auf der einen Seite mit dem Ziel einer sinnvollen Selbstorganisation der Europäischen Kommission auf der anderen Seite, welches sich aus Art. 13 EUV und Art. 249 Abs. 1 AEUV ableiten lässt.¹¹⁹³ Ähnlich wie der *EuGH* die Beschränkung der Herausgabe von Informationen für den Fall anerkannt, dass die Funktionsfähigkeit und Unabhängigkeit der EG (heute: der Union), insbesondere die der Erfüllung der Aufgaben der Europäischen Kommission (vermeintlich) auf dem Spiel stand,¹¹⁹⁴ lässt sich argumentieren, dass eine Pflicht zur anlasslosen Recherche nach etwaig einschlägigen Entscheidungen zu einem unverhältnismäßigen Mehraufwand führen würden. Nach hier vertretener Auffassung genügt dieser Aspekt bereits, um die Pflicht zu einer anlasslosen Recherche der Europäischen Kommission zu verneinen.

Dies wirft die Frage auf, ob die nationalen Gerichte ihrerseits verpflichtet sind, die Europäische Kommission von ihren Entscheidungen zu informieren. Nach hier vertretener Auffassung reicht das Kooperationsgebot aus Art. 4 Abs. 3 EUV nicht soweit, dass die nationalen Zivilgerichte, die im kontradiktorischen Verfahren entscheiden, verpflichtet wären, ihre Urteile der Europäischen Kommission proaktiv, also von sich aus, anlasslos und ohne Anfrage, zur Verfügung zu stellen. Im Grundsatz werden solche Gerichte nur parteiinduziert tätig. In diesen Grundsatz wollte auch das Primärrecht nicht eingreifen. Ähnlich hatte auch der *EuGH* vor Erlass der VO 1/2003 bzw. der Einführung des heutigen Art. 29 VO 2015/1589 entschieden, dass ein Fragerecht der nationalen Gerichte nur dann gelten soll, wenn sich dies "*mit den*

¹¹⁹² S.o. 3.3.2(b) (ab Seite 85), dort Seite 91.

¹¹⁹³ *Streinz* in *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 13 AEUV, Rn. 29.

¹¹⁹⁴ *EuGH*, Beschl. v. 6. Dezember 1990 – C-2/88 Imm, ECLI:EU:C:1990:440 – Zwartveld, Rn. 11; *EuGH*, Urt. v. 26. November 2002 – C-275/00, ECLI:EU:C:2002:711 – First und Franex, Rn. 49.

nationalen Verfahrensbestimmungen vereinbar erweist".¹¹⁹⁵ Dem entspricht, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber – allerdings nur für das Kartellrecht – eine sekundärrechtliche Regelung vorgesehen hat: Art. 15 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 sieht eine Pflicht der Mitgliedstaaten vor, der Europäischen Kommission Urteile zum Unionskartellrecht zu übermitteln.¹¹⁹⁶

Zusammengefasst ergibt sich, dass die nationalen Gerichte nur dann ihre Entscheidungen der Europäischen Kommission übermitteln müssen, wenn sie sekundärrechtlich dazu verpflichtet sind. Umgekehrt muss die Europäische Kommission nach entsprechenden Entscheidungen recherchieren, wenn ihr Anhaltspunkte vorliegen, dass es eine solche Entscheidung gibt.

Am Rande sei erwähnt, dass die Europäische Kommission zumindest für das Unionskartellrecht in Art. 5 ihrer VO 773/2004 bezogen auf die Formalien einer auf Art. 101 oder 102 AEUV basierende Beschwerde geregelt hat, dass auch Angaben dazu gemacht werden, ob der Beschwerdeführer "*in derselben Sache oder einer eng damit verbundenen anderen Sache bereits ... ein Verfahren vor einem nationalen Gericht angestrengt*" hat und wenn ja, an "*welche ... Justizbehörde*" er sich gewandt hat und welche Eingaben "*bei dieser Behörde*" gemacht wurden.¹¹⁹⁷ Dies kann zumindest so verstanden werden, dass die Europäische Kommission hier auch über parallele Zivilstreitigkeiten informiert werden möchte.

4.5 Zusammenfassung

Auch wenn den nationalen Zivilgerichten eine wichtigen Stellung beim Vollzug des Unionswettbewerbsrechts zukommt, lässt sich eine Verpflichtung der Europäischen Kommission, deren Urteile maßgeblich zur berücksichtigen, aus dem Primärrecht nicht ableiten und ist auch sekundärrechtlich nicht geregelt. Vor allem die primärrechtlich festgelegte Rolle der Europäischen Kommission als *primus inter pares* spricht gegen eine solche Pflicht. Soweit allerdings Sachverhaltsidentität besteht, ergibt sich nach hier vertretener Auffassung aus dem Loyalitätsgebot im Lichte des Grundsatzes der Rechtssicherheit die Pflicht der Europäischen Kommission, sich mit der gerichtlichen Entscheidung zu befassen. Zudem muss die Europäische Kommission in diesem Fall

¹¹⁹⁵ *EuGH*, Urt. v. 12. Dezember 1995 – Verbundene Rechtssachen C-319/93, C-40/94 und C-224/94, ECLI:EU:C:1995:433 – Dijkstra / Friesland, Rn. 36; *EuGH*, Urt. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 - Delimitis / Henninger Bräu, Rn. 53.

¹¹⁹⁶ Ausführlich dazu unten 7.4 (ab Seite 364), auch zu entsprechenden Pflichten nach deutschem Recht.

¹¹⁹⁷ Anhang zur VO 773/2004 (Formblatt C), dort Abschnitt IV.

prüfen, ob das Unionsrecht die Regelungswirkung einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung schützt und von daher zuwiderlaufende Beschlüsse zu unterlassen sind.

Ein Problem, welches einer Berücksichtigung der Entwicklung der mitgliedstaatlichen Rechtsprechung auf dem Gebiet des EU-Wettbewerbsrechts entgegensteht, ist die Vielzahl der zuständigen Richter und Gerichte und die Frage, wie die Europäische Kommission von den gerichtlichen Entscheidungen erfahren soll. Hat sie Anlass zu der Annahme, dass eine solche Entscheidung ergangen ist, muss sie entsprechend ermitteln. Anlasslose Ermittlungen sind von ihr nicht gefordert. Mit Art. 15 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 liegt für den Bereich des Unionskartellrechts eine sekundärrechtliche Regelung vor, die den Zugang der Europäischen Kommission zu nationalen gerichtlichen Entscheidungen deutlich erleichtert. Allerdings fehlt für die anderen Bereiche des Unionswettbewerbsrechts, das Beihilfen- und das Fusionskontrollrecht eine solche Pflicht.

5. BEDEUTUNG FALLBEZOGENER BERATUNGSSCHREIBEN DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION FÜR DIE NATIONALEN ZIVILGERICHTE

5.1 Einführung

Die Europäische Kommission handelt – wie vorstehend bereits verschiedentlich erwähnt – im Bereich des Wettbewerbsrechts nicht nur durch formale Beschlüsse, sondern auch durch Verwaltungsschreiben. Dies gilt für das Unionskartellrecht ebenso wie für das Fusionskontroll- und das Beihilfenrecht.

Im Bereich des Unionskartellrechts war unter der VO 17 der Verfahrensabschluss durch Negativatteste gem. Art. 2 VO 17 sowie die nicht-förmlichen sog. *comfort letter* eine weit überwiegend genutzte Alternative zum Verfahrensabschluss durch formelle Entscheidung.¹¹⁹⁸ Auch wenn sich durch die Abschaffung des Genehmigungssystems diese Praxis erübrigt hat, ist unter der VO 1/2003 "*informelle Beratung*" bei Fragen in Bezug auf das Unionskartellrecht, insbesondere in Fällen ernsthafter Rechtsunsicherheit bei neuen oder ungelösten Fragen, möglich.¹¹⁹⁹

Wichtigste Beispiele für informelles Verwaltungshandeln der Europäischen Kommission im Bereich der Fusionskontrolle sind Schreiben an die Parteien eines Zusammenschlussvorhabens im Rahmen einer Konsultation¹²⁰⁰ oder im informellen Vorverfahren¹²⁰¹ über die Frage der Zuständigkeit der Europäischen Kommission.

Im Beihilfenrecht ist das vielleicht wichtigste Beispiel der informelle Verfahrensabschluss: Die Europäische Kommission ist aufgrund des verfahrenstechnischen Aufwandes oft zögerlich, das Fehlen des Beihilfencharakters formal festzustellen, positioniert sich dazu nur informell (*comfort letter*¹²⁰²) und bewegt, wenn eine formale Notifizierung der Beihilfe bereits vorliegt, den betroffenen Mitgliedstaat auf dieser Grundlage zur Rücknahme dieser Notifizierung.¹²⁰³ Bisweilen

¹¹⁹⁸ Emmerich, S. 455; Kersting/Walzel in KöKo Art. 101-106 AEUV, Art. 101, Rn. 538f.

¹¹⁹⁹ VO 1/2003, Erwägungsgrund (38); Europäische Kommission, Bekanntmachung Beratungsschreiben 2004.

¹²⁰⁰ Vgl. *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. April 2017 – C-248/16, ECLI:EU:C:2017:322 – Austria Asphalt, Rn. 14.

¹²⁰¹ S.o. 3.3.3(e)(vi) (ab Seite 128).

¹²⁰² Wittig, EuZW 2016, 53, 58; *BMWi*, Stellungnahme Deutschlands zur Überarbeitung der Mitteilung über ein vereinfachtes Verfahren für die Würdigung bestimmter Kategorien staatlicher Beihilfen (HT.1401) v. 18. März 2016, S. 2.

¹²⁰³ Soltész, EuZW 2016, 87, 92.

gibt die Europäische Kommission auch informelle Stellungnahmen zur Durchführung eines formalen Beschlusses ab.¹²⁰⁴ Ein anderes Beispiel, bei dem es zu informellen Äußerungen der Europäischen Kommission kommt, ist der Austausch von Rechtsmeinungen im Beihilfenbereich über die technische Infrastruktur des ECN (eState aid WIKI, zuvor ECN-ET) über welche sich die Mitgliedstaaten mit der Europäischen Kommission austauschen können, wobei aber die Antworten auch geänderte und gelöscht werden (können).¹²⁰⁵

Schließlich passen in die Kategorie der informellen Verwaltungsschreiben auch solche, mit denen die Europäische Kommission Beschwerdeführer nicht im Beschlusswege zurückweist, sondern nur per informellem Schreiben in Kenntnis setzt, dass die Beschwerde nicht weiter verfolgt wird.

All diesen Formen der informellen Äußerung der Europäischen Kommission ist gemein, dass sie (in der Regel) an einen Betroffenen gerichtet sind und sich zu konkreten Umständen äußern. Soweit diese Umstände auch Gegenstand eines gerichtlichen Zivilverfahrens sind, stellt sich die Frage der Berücksichtigungspflicht durch die nationalen Gerichte.

Abzugrenzen sind die vorstehend beschriebenen Äußerungen der Europäischen Kommission von (abstrakt-generellen) Leitlinien, Mitteilungen etc. sowie von Informationen und Stellungnahmen, die die Europäischen Kommission von sich aus oder auf Anfrage der Gerichte an diese übermittelt. Auf diese Kommunikationsformen gehen die Kapitel 6 und 7 ein.

Das Sekundärrecht gibt für die Frage der Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte bezogen auf informelle, nicht an die Gerichte adressierte Verwaltungsschreiben nichts her. Art. 15 VO 1/2003 und Art. 29 VO 2015/1589 beziehen sich nur auf die direkt Kommunikation zwischen der Europäischen Kommission und den Gerichten.¹²⁰⁶ Zwar erwähnt die VO 1/2003 in Abgrenzung zur

¹²⁰⁴ *EuGH*, Urt. v. 13. Februar 2014 – C-69/13, ECLI:EU:C:2014:71 – Mediaset, Rn. 18ff.

¹²⁰⁵ *Soltész*, *EuZW* 2016, 87, 92; Bericht Kom 2016 SWP S. 29; *BMWi*, Handbuch über staatliche Beihilfen Handreichung für die Praxis von BMWi-EA6, Stand: Januar 2016, S. 24.

¹²⁰⁶ Siehe dazu ausführlich unten Kapitel 7 (ab Seite 307).

Positiventscheidung nach Art. 10 VO 1/2003 (und dem sich darauf beziehenden Erwägungsgrund (14)¹²⁰⁷) im Erwägungsgrund (38), dass die VO 1/2003 das "*Recht der Kommission, informelle Beratung zu leisten, unberührt*" lasse, insbesondere in Fällen ernsthafter Rechtsunsicherheit bei neuen oder ungelösten Fragen in Bezug auf die Wettbewerbsvorschriften der EU. Die Bedeutung solcher Beratungsleistungen für die nationalen Gerichte wird jedoch nicht angesprochen. Art. 16 VO 1/2003 bezieht sich ausschließlich auf Beschlüsse und beabsichtigte Beschlüsse. Das Fusionskontrollrecht schweigt zu der Frage ganz.

Eine Berücksichtigungspflicht kann sich damit ausschließlich aus dem Primärrecht ergeben. Inwieweit eine solche primärrechtliche Pflicht besteht, wird im Folgenden untersucht.

5.2 Umfang der Berücksichtigungspflicht für nationale Zivilgerichte auf der Grundlage des Primärrechts

5.2.1 Einführung

Die (rechtliche) Wirkung von Verwaltungsschreiben im Wettbewerbsrecht hat die Rechtsprechung und die Literatur – v.a. mit Blick auf die Negativatteste gem. Art. 2 VO 17 sowie die nicht-förmlichen sog. *comfort letter* – immer wieder beschäftigt. Dabei ging es allerdings in erster Linie um die Frage, ob eine informelle Positionierung der Europäischen Kommission deren Selbstbindung in dem Sinn bewirkt, dass abweichende Beschlüsse nicht mehr möglich sein sollen. Die Frage wurde ¹²⁰⁸ und wird ¹²⁰⁹ weitgehend bejaht ¹²¹⁰ mit der Einschränkung, dass die

¹²⁰⁷ Nach Erwägungsgrund (14) der VO 1/2003 soll die Europäische Kommission Entscheidungen "*deklaratorischer Art*" erlassen können, mit denen "*die Nichtanwendung*" der in Art. 101 oder 102 AEUV "*verankerten Verbots festgestellt wird, um die Rechtslage zu klären und eine einheitliche Rechtsanwendung in der Gemeinschaft sicherzustellen*". Dies gelte "*insbesondere in Bezug auf neue Formen von Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, deren Beurteilung durch die bisherige Rechtsprechung und Verwaltungspraxis noch nicht geklärt ist*."

¹²⁰⁸ *EuGH*, Urt. v. 1. Oktober 1998 – C-279/95, ECLI:EU:C:1998:447 – Langnese-Iglo GmbH, Rn. 18 bis 30; *Kamann/Horstkotte*, WuW 2001, 458ff, II.2.b); *Bunte in Langen/Bunte*, Kartellrecht 2001, Art. 81, Rn. 236; *Stockmann in Wiedemann*, 1. A. 1999, § 7 Rn. 41. Auf die Möglichkeit anderslautender Entscheidungen, insbesondere bei geändertem Sachverhalt oder neuen Gesichtspunkten weist auch die Europäische Kommission hin; *Europäische Kommission*, Bekanntmachung Beratungsschreiben 2004, Rn. 24.

¹²⁰⁹ *Sura in Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 10, Rn. 23.

¹²¹⁰ Analog der Auffassung des *EuGH* zu Mitteilungen und Leitlinien der Europäischen Kommission; *EuGH*, Urt. v. 28. Juni 2005 – Verbundene Rechtssachen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 – Dansk Rørindustri, Rn. 209ff; aufgegriffen in *EuGH*, Urt. v. 21. September 2006 – C-167/04 P, ECLI:EU:C:2006:594 – JCB Service, Rn. 207, sowie *EuGH*, Schlussanträge d. GA v.

Selbstbindung nicht weiter gehen kann als in Bezug auf die der Europäischen Kommission bei der Abfassung des Schreibens bekannten Tatsachen. Bezogen auf die nationalen Gerichte wurde¹²¹¹ und wird¹²¹² immer wieder argumentiert, dass von informellen Verwaltungsschreiben eine "*Bindungswirkung*" nicht ausgehe, sondern nur eine Orientierungsfunktion ohne mit einem Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen verbunden zu sein.¹²¹³ Auch der *EuGH* ging in der Leit-Entscheidung *Bruno Giry / Guerlain*¹²¹⁴ davon aus, dass für die nationalen Gerichte keine Pflicht zu maßgeblicher Berücksichtigung bestehe und hat dies auch später bestätigt.¹²¹⁵ Dem hat sich auch die

6. September 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:544 – Expedia, Rn. 36, und *EuGH*, Urt. v. 13. Dezember 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 – Expedia, Rn. 28, wo die Anwendung dieses Grundsatzes auf die Bagatellbekanntmachung (2001) bejaht wird; *EuG*, Urt. v. 14. Mai 2014 – T-406/09, ECLI:EU:T:2014:254 – Donau Chemie, Rn. 59.

- ¹²¹¹ *Emmerich*, S. 455; *Kamann/Horstkotte*, WuW 2001, 458ff, II.2.b). Zu *comfort letters* sah bspw. *Bartels*, S. 74, unter dem Regime der VO 17 ein "*Ermessen des nationalen Gerichts ..., inwieweit die Freistellungsfähigkeit und die Freistellungserwägungen der Kommission bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden konnten.*" Vgl. auch *Bunte* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht 2001, Art. 81, Rn. 235f sowie *Bunte* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht 2001, VO 17 Art. 2, Rn. 3f, 7. Der Grad der Bindungswirkung von Negativattesten war umstritten, wobei die h.M. vom Fehlen einer Bindungswirkung ausging; vgl. *Ritter* in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, 1. Auflage, VO 17 Art. 25, 27; *Bartels*, S. 96, Fn. 351 m.w.N., *Zuber*, S. 50ff; *Imgrund*, S. 27ff.
- ¹²¹² *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 33, Rn. 95, der diesen Schreiben keine "*Feststellungswirkung*" zubilligt; *Walzel*, S. 163ff.
- ¹²¹³ *Stockmann* in *Wiedemann*, 1. A. 1999, § 7, Rn. 41; *Bumiller* in *Wiedemann*, 1. A. 1999, § 62, Rn. 20; *Bunte* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht 2001, Art. 81, Rn. 236; *Kamann/Horstkotte*, WuW 2001, 458ff, II.3.c); *Walzel*, S. 167ff.
- ¹²¹⁴ *EuGH*, Urt. v. 10. Juli 1980 – verbundene Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79, ECLI:EU:C:1980:188 – Bruno Giry / Guerlain, Rn. 3 bis 17. In dem Fall handelte es sich um ein Schreiben, mit dem die Generaldirektion Wettbewerb der Europäische Kommission erklärte dass "*nach den ihr bekannten Tatsachen keinen Anlaß mehr sieht, gegen die erwähnten Vereinbarungen aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages von Rom einzuschreiten. Das Verfahren kann daher eingestellt werden.*" Einen ähnlichen Sachverhalt hatte *EuGH*, Urt. v. 10. Juli 1980 – 99/79, ECLI:EU:C:1980:193 – Lancôme, wo der *EuGH* zum gleichen Ergebnis kam.
- ¹²¹⁵ *EuGH*, Urt. v. 13. Februar 2014 – C-69/13, ECLI:EU:C:2014:71 – Mediaset, Rn. 18ff. Im konkreten Fall ging es um eine Entscheidung der Europäischen Kommission, mit der diese "*eine Beihilferegelung für rechtswidrig und mit dem Binnenmarkt unvereinbar*" erklärte und die "*Rückforderung der in Rede stehenden Beihilfen*" anordnete. Die Entscheidung ließ aber die "*einzelnen Begünstigten dieser Beihilfen*" offen. Erst von der Europäischen Kommission "*im Rahmen der Durchführung der Entscheidung abgegebene Stellungnahmen*" gaben "*genau den Betrag der von einem bestimmten Begünstigten zurückzufordernden Beihilfe*" an. Der *EuGH* stellte fest, dass das nationale Gericht nur die (hier bereits bestandskräftig gewordene) Entscheidung der Europäischen Kommission als "*verbindlich und ... bindend*" ansehen müsse, nicht aber "*die Schreiben, die die Kommission danach im Rahmen der zur Sicherstellung der sofortigen und tatsächlichen Durchführung der Entscheidung geführten Schriftwechsel an die Italienische Republik richtete.*" Ein solches Vorgehen gehöre nicht zur den "*Handlungen ..., die auf der Grundlage der Verordnung Nr. 659/1999 erlassen werden können*". Im konkreten Fall hob der *EuGH* noch hervor, dass die Europäische Kommission "*in ihren*

Europäische Kommission angeschlossen.¹²¹⁶ Der *EuGH* hat den Schreiben aber gleichzeitig eine gewisse Orientierungsfunktion zugesprochen.¹²¹⁷

Dies wird im Folgenden hinterfragt, wobei informelle Verwaltungsschreiben als Ausweis einer Absicht keine Probleme bereiten: In Kapitel 3 wurde festgestellt, dass schon von der bloßen Absicht der Europäischen Kommission, einen Beschluss zu erlassen, eine Berücksichtigungspflicht zu Lasten der nationalen Gerichte ausgeht. Soweit ein Verwaltungsschreiben der Ausweis einer solchen Absicht ist, folgt daraus eine entsprechende Berücksichtigungspflicht.¹²¹⁸ Wann von einer solchen Absicht auszugehen ist, wurde bereits oben untersucht.¹²¹⁹ Danach dürfte es im Allgemeinen eher ungewöhnlich sein, dass ein informelles Verwaltungsschreiben für sich ausreicht, um eine hinreichende Absicht anzunehmen. Regelmäßige Ausnahme hiervon wird das informelle Signal des Case Teams in einem Fusionskontrollvorverfahren sein, dass eine Anmeldung nun eingereicht werden kann.¹²²⁰ Ansonsten kann ein Verwaltungsschreiben auch ein Indiz für eine etwaige Absicht darstellen, dem weiter nachzugehen wäre.¹²²¹

Hiervon abzugrenzen und im Folgenden untersucht wird die Konstellation, die auch im Fokus entsprechender Befassung von Rechtsprechung und Literatur steht, in der das Verwaltungsschreiben deutlich werden lässt, dass ihm gerade kein formaler Beschluss folgen wird. Bezogen auf solche Schreiben wird in den nächsten beiden Unterabschnitten geprüft, ob sich aus einem solchen Schreiben – entgegen der Auffassung des *EuGH* und der zitierten Literatur – eine Pflicht zu maßgeblicher Berücksichtigung i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen (5.2.2) oder – im Sinne der oben beschriebenen Auffassung von *EuGH* und Literatur – zumindest eine Orientierungsfunktion (5.2.3) ergibt.

Erklärungen selbst anerkannt" habe, "dass ihre Stellungnahmen nicht darauf gerichtet waren, den Inhalt der Entscheidung ... zu ergänzen oder zu ändern, und in keiner Weise verbindlich waren."

¹²¹⁶ Europäische Kommission, Bekanntmachung Beratungsschreiben 2004, Rn. 25.

¹²¹⁷ *EuGH*, Urt. v. 13. Februar 2014 – C-69/13, ECLI:EU:C:2014:71 – Mediaset, Rn. 31.

¹²¹⁸ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), Fallgruppe 4.

¹²¹⁹ S.o. 3.3.3(e) (ab Seite 119).

¹²²⁰ S.o. 3.3.3(e)(vi) (ab Seite 128).

¹²²¹ S.u. 7.2.2(a) (ab Seite 309).

5.2.2 Zur Frage einer Pflicht maßgeblicher Berücksichtigung

Soweit vermeintlich informelle Verwaltungsschreiben nicht tatsächlich Beschlüsse i.S.d. Art. 288 Abs. 4 AEUV darstellen,¹²²² sind sie als Stellungnahme i.S.d. Art. 288 Abs. 5 AEUV zu klassifizieren,¹²²³ die nach dessen Wortlaut "*nicht verbindlich*" sind, oder aber als eine eigene Handlungsform außerhalb des Art. 288 AEUV anzusehen, die (ebenfalls) an der Verbindlichkeitsvorgabe des Art. 288 Abs. 4 AEUV nicht teilnimmt.¹²²⁴ Dennoch wäre es denkbar, dass die nationalen Gerichte auch nur informelle Verwaltungsschreiben der Europäischen Kommission maßgeblich (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) berücksichtigen müssen. In Kapitel 3 wurde herausgearbeitet, dass der Europäischen Kommission im Rahmen des Vollzugs des Wettbewerbsrechts der Union eine besondere, herausgehobene Rolle zukommt, weshalb die nationalen Gerichte – auf der Grundlage des Loyalitätsgebots in Verbindung mit dem Gedanken der Rechtssicherheit – deren Beschlüsse (sowie die Absicht, Beschlüsse zu erlassen) bei ihrer Entscheidungsfindung maßgeblich berücksichtigen müssen. Soweit die Europäische Kommission nun nicht im Wege von formalen Beschlüssen tätig wird, sondern nur informell, könnte grundsätzlich Gleiches gelten.

Allerdings spricht gerade das informelle Zustandekommen eines Verwaltungsschreibens der Europäischen Kommission dagegen, dieses mit einer prinzipiellen Pflicht der nationalen Gerichte zur maßgeblichen Berücksichtigung zu verknüpfen. Soweit die Europäische Kommission (bzw. eine ihrer Dienststellen) mit einem Verwaltungsschreiben ausdrücklich oder implizit eine formale Entscheidung vermeidet, macht sie deutlich, dass ihrer Äußerung ein oder mehrere Elemente nicht zugrunde liegen, die einen verbindlichen Beschluss i.S.d. Art. 288 Abs. 4 AEUV ausmachen. Die Defizite im Vergleich zu einem Beschluss können vielfältig sein: Der Sachverhalt kann nur begrenzt (oder überhaupt nicht) von der Europäischen Kommission ermittelt worden sein, z.B. indem sich die Europäische Kommission (bzw. ihre handelnde Dienststelle) nur auf einen unterstellten Sachverhalt stützt.¹²²⁵ Die

¹²²² *EuG*, Urt. v. 18. September 1996 – T-353/94, ECLI:EU:T:1996:119 – Postbank, Rn. 35f.

¹²²³ *Schroeder in Streinz*, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 148.

¹²²⁴ Etwas anderes könnte gelten, wenn die Möglichkeit eines Verfahrensbeendenden *comfort letter* positiv-rechtlich geregelt würde, wie dies das *BMW*i, Stellungnahme Deutschlands zur Überarbeitung der Mitteilung über ein vereinfachtes Verfahren für die Würdigung bestimmter Kategorien staatlicher Beihilfen (HT.1401) v. 18. März 2016, S. 2, gefordert hat.

¹²²⁵ *Soltész*, *EuZW* 2016, 87, 92, lehnt deshalb eine Bindungswirkung informeller Schreiben zum Verfahrensabschluss im Beihilfenrecht ab.

handelnden Dienststellen der Europäischen Kommission können bei der Verfassung des Schreibens aus zeitlichen Gründen die Einschaltung anderer Dienststellen vermieden haben, die für das Fassen eines formalen Beschlusses erforderlich wären und die eine andere Meinung haben könnten.¹²²⁶ Auch kann sich die Entscheidungsfindung innerhalb der Europäischen Kommission aus anderen Gründen als so hindernisreich erwiesen haben, dass schon deshalb ein verbindlicher Akt vermieden werden und auf eine informelle Äußerung einer einzelnen Dienststelle ausgewichen werden soll. Vor diesem Hintergrund ist dem Handeln (der Dienststellen) der Europäischen Kommission mittels informeller Verwaltungsschreiben ein Element der Unsicherheit inhärent, ob die dortige Positionierung tatsächlich derjenigen entspricht, die die Europäische Kommission bei formaler Beschlussfassung eingenommen hätte.

Damit kommt informellen Verwaltungsschreiben der Europäischen Kommission (erst Recht ihrer Dienststellen) grundsätzlich deutlich weniger Autorität zu, als einem formalen Beschluss. Dies hat auch der *EuGH* früh erkannt: Nach der *Lorenz*-Entscheidung des *EuGH* besteht für das informelle Verwaltungshandeln gerade keine Vermutung der Richtigkeit.¹²²⁷ In vielen Fällen wird auch in den Verwaltungsschreiben selbst auf die Unverbindlichkeit der Auskunft bzw. die fehlende Bindung für die Europäische Kommission als ganzer ausdrücklich aufmerksam gemacht.¹²²⁸ Daher nimmt sich die Europäische Kommission auch die Freiheit – ggf. sogar im selben Fall – von ihrer Auffassung wieder abzurücken.¹²²⁹

Daher können hier auch analog die Überlegungen zu Art. 9 VO 1/2003 (Bindenderklärung von Verpflichtungszusagen) herangezogen werden, soweit es um die Frage ging, ob bezogen auf die kartellrechtliche Beurteilung der Europäischen Kommission der Umstände vor Durchführung der für bindend erklärten Verpflichtungszusagen eine Berücksichtigungspflicht besteht.¹²³⁰ Hier wie dort endet der Verwaltungsvorgang mit einer nicht abschließenden Beurteilung eines Falles, so

¹²²⁶ *Blauberger*, West European Politics, Vol. 32, No. 4 (Juli 2009), 719, 723.

¹²²⁷ *EuGH*, Urt. v. 11. Dezember 1973 – 120/73, ECLI:EU:C:1973:152 – *Lorenz*, Rn. 5f.

¹²²⁸ *EuGH*, Urt. v. 12. Mai 2011 – C-410/09, ECLI:EU:C:2011:294 – *Polska Telefonia*, Rn. 30 bis 34.

¹²²⁹ *Europäische Kommission*, Bekanntmachung Beratungsschreiben 2004, Rn. 25; Beispiel für den Bereich Fusionskontrolle *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. April 2017 – C-248/16, ECLI:EU:C:2017:322 – *Austria Asphalt*, Rn. 14, 22.

¹²³⁰ S.o. 3.5.5(b) (ab Seite 189).

dass voraussichtlich eine endgültige Aussage auch nicht im späteren Verlauf erfolgen wird und es offen bleibt, ob der vermiedene Beschluss (auf der Grundlage eines vollständigen Verfahrens mit umfassender Sachverhaltsaufklärung und Einbindung aller verantwortlichen Stellen innerhalb der Europäischen Kommission) nicht ganz anders ausgegangen wäre. Insoweit ist es bereits mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren, wenn von solchen Schreiben die Pflicht der nationalen Gerichte zur maßgeblichen Berücksichtigung (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) ausginge.¹²³¹

Es tritt hinzu, dass ein Vorgehen einer Partei eines Zivilprozesses gegen ein informelles Verwaltungsschreiben der Europäischen Kommission vor den Unionsgerichten in der Regel nicht möglich ist (Art. 263 Abs. 1 AEUV nimmt Empfehlungen und Stellungnahmen als Gegenstand einer Nichtigkeitsklage aus) und damit eine maßgebliche Berücksichtigung im Zivilprozess dem Recht auf effektiven Rechtsschutz widersprechen würde.¹²³² Zwar haben die Unionsgerichte in Einzelfällen eine Nichtigkeitsklage gegen vermeintlich einfache Schreiben der Europäischen Kommission mit dem Argument zugelassen, ihnen komme (unter den dort gegebenen, speziellen Umständen) formaler Entscheidungscharakter zu.¹²³³ Dies kann aber nicht dazu führen, dass von solchen Schreiben im Allgemeinen eine Berücksichtigungspflicht i.S.d. Fallgruppen 1 und 2¹²³⁴ ausgeht. Andernfalls wären die Adressaten eines Schreibens gezwungen auf Verdacht vor dem Unionsgerichten gegen das Schreiben vorzugehen, wenn sie nicht ausschließen können, dass es ihnen vor

¹²³¹ Der *EuGH* lehnt auch bei Mitteilungen und Leitlinien, die sich selbst die Bindungswirkung für die Gerichte absprechen, eine Bindung der nationalen Gerichte ab; *EuGH*, Urt. v. 12. Mai 2011 – C-410/09, ECLI:EU:C:2011:294 – Polska Telefonia, Rn. 30 bis 34; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 6. September 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:544 – Expedia, Rn. 26ff, 37.

¹²³² S.o. 3.3.3(a) (ab Seite 101).

¹²³³ *EuG*, Urt. v. 18. September 1996 – T-353/94, ECLI:EU:T:1996:119 – Postbank, Rn. 35f, für den Fall, dass in einem Schreiben der Europäischen Kommission eine Entscheidung teilweise zurückgenommen und gleichzeitig die Genehmigung der Vorlage der *"Mitteilung der Beschwerdepunkte und des Anhörungsprotokolls beim Gerichtshof Amsterdam"* erteilt wird. Dies habe *"verbindliche Rechtswirkungen hervorgebracht, die die Rechtsstellung der Klägerin beeinträchtigen können, und kann damit Gegenstand einer Nichtigkeitsklage gemäß Artikel 173 des Vertrages sein"* kann. Vgl. auch *EuG*, Urt. v. 2. Juni 2016 – T-426/10 bis T-429/10 und T-438/10 bis T-441/10, ECLI:EU:T:2016:335 – Moreda-Riviere Trefilerías, SA u.a. gegen Europäische Kommission, deutsche Übersetzung NZKart 2016, 589ff, Rn. 545ff, wonach eine Maßnahme, mit der *"eine andere bestandskräftig gewordene Entscheidung lediglich bestätigt wird, ... nicht selbständig angefochten werden"* kann (Rechtsmittel beim *EuGH* anhängig unter C-457/16 P, C-454/16 P und C-53/15 P).

¹²³⁴ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

einem Zivilgericht entgegengehalten wird.¹²³⁵ Der effektive Rechtsschutz der potentiell von dem Verwaltungsschreiben belasteten Partei des Zivilrechtsstreits wäre damit beeinträchtigt. Bestehen bei dem nationalen Gericht Zweifel, ob dem Verwaltungsschreiben eine verbindliche Regelung i.S.d. Art. 288 AEUV zu entnehmen ist und will das Gericht von dieser (bzw. den tragenden Gründen) abweichen, wird eine Konsultation mit der Europäischen Kommission oder eine Vorlage beim EuGH naheliegen und kann (zumindest beim letztinstanzlichen Gericht) verpflichtend sein.

In der weit überwiegenden Zahl der Fälle wird allerdings bereits aus den Schreiben selbst deutlich, dass es gerade nicht einen regelnden Beschluss darstellt. Aus den oben genannten Gründen darf ein nationales Gericht ein solches informelles Verwaltungsschreiben nicht als notwendiges Begründungselement für seine Entscheidung heranziehen. Es ist vielmehr dazu verpflichtet, zu einer eigenen, im Instanzenzug überprüfbaren Entscheidung zu kommen.¹²³⁶

5.2.3 Orientierungsfunktion

Die Europäische Kommission formuliert in ihrer Bekanntmachung zu Beratungsschreiben,¹²³⁷ dass es den nationalen Gerichte freistehe, "*Beratungsschreiben der Kommission zu berücksichtigen, soweit sie dies in einem bestimmten Fall für zweckmäßig erachten.*" Auch die Rechtsprechung des EuGH wies zunächst auf eine solche Freiheit hin.¹²³⁸

Soweit damit den nationalen Gerichten eine völlige Freiheit zugesprochen würde, Verwaltungsschreiben zu beachten oder nicht, ginge das nach hier vertretener Auffassung zu weit und entspräche auch nicht der jüngeren Rechtsprechung des EuGH,

¹²³⁵ Siehe hierzu bereits oben 3.3.5(a) (ab Seite 148) für den ähnlichen Fall des EuGH, dass ein nicht-Adressat zwar gegen einen Beschluss vorgehen kann, ihm dies aber nicht vorgehalten werden darf, da die Klagemöglichkeit vor den Unionsgerichten nicht offensichtlich war.

¹²³⁶ Vgl. oben 3.3.4 (ab Seite 144), dort Fallgruppe 3.

¹²³⁷ Europäische Kommission, Bekanntmachung Beratungsschreiben 2004, Rn. 25.

¹²³⁸ EuGH, Urt. v. 10. Juli 1980 – verbundene Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79, ECLI:EU:C:1980:188 - Bruno Giry / Guerlain, Rn. 13: Die in einem derartigen Schreiben mitgeteilte Ansicht stelle "*einen tatsächlichen Umstand dar, den diese Gerichte bei ihrer Prüfung der Frage, ob die betreffenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen mit Artikel 85 vereinbar sind, berücksichtigen können*" (Unterstreichung nur hier). Ebenso EuGH, Urt. v. 10. Juli 1980 – 37/79, ECLI:EU:C:1980:190 - Anne Marty / Estée Lauder, Rn. 9, 10; EuGH, Urt. v. 10. Juli 1980 – 99/79, ECLI:EU:C:1980:193 – Lancôme, Rn. 11. Die Europäische Kommission hatte in der BZKG85/86, Rn. 25, diese Auffassung übernommen: Der "*nationale Richter*" könne "*schriftliche Äusserungen*" der Europäischen Kommission, mit denen sie erklärte, "*daß die Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 erfüllt sind ... als tatsächliche Umstände werten*".

in der dieser aus der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit die Pflicht des nationalen Gerichts ableitet, informelle Schreiben der Europäischen Kommission "*als Beurteilungsgesichtspunkte im Rahmen des bei ihm anhängigen Rechtsstreits*" zu "*berücksichtigen und seine Entscheidung im Hinblick auf alle ihm übermittelten Dokumente*" zu "*begründen*".¹²³⁹

Wenn – wie in den vorstehenden Unterabschnitten dargestellt – von formlosen Verwaltungsschreiben ohne Regelungswirkung keine Berücksichtigungspflicht ausgeht, wie sie mit formalen Beschlüssen der Europäischen Kommission einhergeht, müssen sie doch nicht ohne Wirkung bleiben. Hier ist nochmals zu berücksichtigen, dass der Europäischen Kommission beim Vollzug des Wettbewerbsrechts der Union eine besondere Rolle zukommt, die sich nicht nur in den speziellen Regelungen in Art. 101ff, 107f AEUV und der FKVO widerspiegelt, sondern auch in Art. 17 EUV. Auch wenn – wie oben dargestellt – mit einem informellen Verwaltungsschreiben keine Vermutung der Richtigkeit einhergeht, besteht doch zunächst eine (faktische) Vermutung, dass ein solches Schreiben (einer Dienststelle) der Europäischen Kommission in einem konkreten wettbewerbsrechtlichen Fall auf der Grundlage von Überlegungen erstellt wurde, bei denen sich die Entscheider der grundsätzlichen Rolle der Europäischen Kommission¹²⁴⁰ bewusst waren. Im Zusammenspiel mit dem Loyalitätsgebot kann man insoweit davon ausgehen, dass den nationalen Gerichten eine Pflicht zukommt, sich mit informellen Verwaltungsschreiben zumindest zu befassen und Abweichungen zu begründen.¹²⁴¹

Eine Abweichung bei mangelnder Sachverhaltsidentität wird dabei leichter zu begründen sein, als bei Sachverhaltsähnlichkeit. Liegt hohe Sachverhaltsähnlichkeit (oder gar Sachverhaltsidentität) vor und will das Gericht von der Auffassung der Europäischen Kommission abweichen, kann eine Konsultation mit der Europäischen Kommission naheliegen.¹²⁴² In Betracht kommt auch eine Vorlage beim *EuGH* nach Art. 267 AEUV, die – aufgrund der Unterschiede im Wortlaut von Art. 263 Abs. 1 AEUV und Art. 267 AEUV¹²⁴³ – auch bei informellen Akten möglich ist;¹²⁴⁴ u.U. ist eine

¹²³⁹ *EuGH*, Urt. v. 13. Februar 2014 – C-69/13, ECLI:EU:C:2014:71 – Mediaset, Rn. 31.

¹²⁴⁰ S.o. 3.3.2(c) (ab Seite 92).

¹²⁴¹ Siehe dazu bereits oben die Ausführungen zur Berücksichtigungspflicht bei sachverhaltsähnlichen Beschlüssen 3.3.3(b) (ab Seite 108).

¹²⁴² So bereits *Bunte* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht 2001, Art. 81, Rn. 236.

¹²⁴³ *Rosas* in Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010, S. 310.

¹²⁴⁴ Dies kann etwa der Fall sein, wenn das nationale Gericht vom Vorliegen einer Beihilfe ausgeht, die Europäische Kommission aber einen Beschluss verweigert und nur informell (aber endgültig) die Aufnahme

solche Vorlage sogar verpflichtend. Gegenstand der Vorlage wird allerdings in der Regel nicht die Auslegung des informellen Schreibens selbst sein, sondern die Auslegung des Unionswettbewerbsrechts vor dem Hintergrund der (vom nationalen Gericht kritisch gesehene) Positionierung der Europäischen Kommission in diesem Schreiben.

Ähnlich wie bei Positiventscheidungen¹²⁴⁵ kann die Frage, ob Sachverhaltsähnlichkeit oder gar -identität¹²⁴⁶ besteht, bei zukunftsgerichteten Beurteilungen nicht (einfach) zu beantworten sein. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Sachverhaltsannahmen bei zukunftsgerichteten, informellen Verwaltungsschreiben nicht mit dem gerichtlich zu beurteilenden Sachverhalt übereinstimmen ist groß.

Die Reichweite der Orientierungsfunktion und Befassungspflicht hängt zudem auch hier von Kompetenz und Befassungstiefe der Europäischen Kommission ab.¹²⁴⁷ Das nationalen Gericht muss zudem berücksichtigen, dass ein ergebnisfokussiertes Verwaltungsschreiben ohne größere Begründung aus verschiedenen Gründen ergangen sein kann; so kann etwa die Einstellung- oder Nichteröffnung eines Verfahrens aus Opportunitätsgründen erfolgt sein, was gerade nicht als Billigung der betrachteten Vorgänge zu werten wäre.¹²⁴⁸

Im Ergebnis entsprechen informelle Verwaltungsschreiben in ihrer Orientierungsfunktion (nur) sachverhaltsähnlichen Beschlüssen der Europäischen Kommission, wie sie in Fallgruppe 3 in Kapitel 3 reflektiert sind.¹²⁴⁹ Für Zivilverfahren ist die Existenz von informellen Verwaltungsschreiben ein Umstand, der in die Erwägungen des Gerichts einzustellen ist. Dabei ist nach hier vertretener Auffassung zu differenzieren. Je weiter weg das konkrete Dokument der Europäischen Kommission vom Sachverhalt des Zivilgerichts ist, umso geringer sein Gewicht.

eines Beihilfenverfahrens verweigert; vgl. dazu *EuG*, Beschl. v. 6. April 2017 – T-101/16, ECLI:EU:T:2017:269 – Klausner Holz Niedersachsen GmbH gegen Europäische Kommission, Rn. 8 bis 12.

¹²⁴⁵ S.o. 3.5.6(b) (ab Seite 201).

¹²⁴⁶ Sachverhaltsidentität wird nur selten sicher festgestellt werden können, denn der angenommene Sachverhalt wird in informellen Schreiben – wenn überhaupt – oft nur recht knapp skizziert.

¹²⁴⁷ S.o. 3.3.3(c) (ab Seite 110).

¹²⁴⁸ *EuG*, Urt. v. 25. November 2014– T-402/13, ECLI:EU:T:2014:991 – Orange, Rn. 36ff; vgl. auch das Zitat aus der Pressemitteilung des *BKartA* v. 19. Juli 2017 o. Fn. 963 (Seite 205).

¹²⁴⁹ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

Eine gesteigerte Relevanz der rechtlichen Ansichten der Europäischen Kommission, die sich aus Verwaltungsschreiben ergibt, kann sich für den Zivilrichter allerdings entweder daraus ergeben, dass sich die Parteien des kontradiktorischen Verfahrens vor der (später umstrittenen) Maßnahme auf eine gemeinsame Rechtsansicht auf der Grundlage eines solchen Schreibens geeinigt (bzw. sich dazu abgestimmt) hatten¹²⁵⁰ oder sich eine Partei zur Beachtung verpflichtet hatte.¹²⁵¹ In diesem Fall können die zivilrechtlichen Vertrauensschutzregelungen greifen, die je nach Umständen dazu führen können, dass das Gericht solche Schreiben sogar fallentscheidend berücksichtigen muss.

5.3 Zusammenfassung

Die Europäischen Kommission bzw. ihre Dienststellen agieren nicht selten im Wege informeller Schreiben. Diesen Schreiben kommt für die nationalen Zivilgerichte nur eine begrenzte Autorität zu. Eine maßgebliche Berücksichtigungspflicht des nationalen Gerichts (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) lässt sich nicht begründen, auch nicht das Recht des nationalen Gerichts ein informelles Verwaltungsschreiben als notwendiges Begründungselement für seine Entscheidung heranzuziehen, wohl aber eine Pflicht der Befassung und der Begründung von Abweichungen. Dabei variiert die Pflicht je nach Nähe des Schreibens zu Sachverhalt, den das nationale Gericht zu bewerten hat.

Allerdings gibt es hiervon eine Ausnahme: Informelle Schreiben, die nicht mit einer Verfahrensbeendigung einhergehen, sondern eine Verfahrenseröffnung oder den Verfahrensstatus anzeigen, können – auch wenn dies nur in seltenen Ausnahmefällen einschlägig sein mag – Ausdruck einer hinreichenden Absicht sein, einen Beschluss zu fassen und damit zur Pflicht maßgeblicher Berücksichtigung i.S.d. Fallgruppe 4¹²⁵² führen.

¹²⁵⁰ Ebenso Müller-Graff, EuR 2012, 18, 29.

¹²⁵¹ EuGH, Schlussanträge d. GA v. 18. Februar 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102 – Kotnik u.a., Fn. 19: *"Eine ähnliche Hinderungswirkung kann sich auch für mitgliedstaatliche Behörden ergeben, die sich ausdrücklich zur Beachtung der Grundsätze verpflichtet haben, die in einem von der Kommission erlassenen Instrument des „soft law“ enthalten sind – betroffene Einzelpersonen können diesen Behörden eine ungerechtfertigte Abkehr von diesen Grundsätzen nach dem Grundsatz des venire contra factum proprium non valet entgegenhalten."* (unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 13. Dezember 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 – Expedia, Rn. 26f).

¹²⁵² S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

6. BEDEUTUNG VON MITTEILUNGEN, LEITLINIEN UND BEKANNTMACHUNGEN DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION FÜR DIE NATIONALEN ZIVILGERICHTE

6.1 Einführung

Die Europäische Kommission versucht, die Anwendung des Rechts der EU, insbesondere des Wettbewerbsrechts auch durch Mitteilungen, Leitlinien, Bekanntmachungen und ähnliche Stellungnahmen zu steuern. Diese zielen darauf ab, privaten Rechtsanwendern sowie Gerichten und Behörden der Mitgliedstaaten die rechtliche Sichtweise der Europäischen Kommission zu auslegungsbedürftigen Gesetzen und anderen Rechtsakten,¹²⁵³ ihre Prioritäten in der Durchsetzung des Unionsrechts ("*policy rules*"¹²⁵⁴) oder das von ihr beabsichtigte (oder angewandte) verwaltungstechnische Vorgehen zu kommunizieren oder die Zusammenarbeit mit den Behörden oder Gerichten der Mitgliedstaaten erleichtern.¹²⁵⁵ Diese Instrumente sollen die Begründungspflicht der Europäischen Kommission im Einzelfall reduzieren,¹²⁵⁶ zu einer einheitlichen Anwendung des Wettbewerbsrechts führen¹²⁵⁷ und das Handeln der Europäischen Kommission transparenter machen. Mitteilungen der Europäischen Kommission im Bereich des Vollzugs des EU-Wettbewerbsrechts beziehen sich im Wesentlichen auf bestehendes Primär- und Sekundärrecht.¹²⁵⁸ In der Literatur werden diese Instrumente zu den wichtigsten Werkzeugen der Europäischen Kommission im Bereich des Wettbewerbsrechts gezählt.¹²⁵⁹

Der Veröffentlichung von Mitteilungen, Leitlinien, Bekanntmachungen und ähnlichen Stellungnahmen im Bereich des Wettbewerbsrechts durch die Europäische Kommission werden gewisse Vorteile zugeschrieben. Soweit diese darauf abzielen, zu einer Selbstdisziplinierung der Europäischen Kommission zu führen,¹²⁶⁰ das Vorgehen der Europäischen Kommission transparenter, vorhersehbarer und effektiver zu

¹²⁵³ v. Graevenitz, EuZW 2013, 169.

¹²⁵⁴ Hofmann, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 159

¹²⁵⁵ Z.B. die BZKGBei oder die BZKG101/102.

¹²⁵⁶ Schweda, in: Heidenhain, European State Aid Law, § 14 Rn. 27.

¹²⁵⁷ Graels, 1, 5.

¹²⁵⁸ Senden/van den Brink, 14f.

¹²⁵⁹ Graels, 1, 4.

¹²⁶⁰ Blauberger, West European Politics, Vol. 32, No. 4 (Juli 2009), 719, 726.

machen¹²⁶¹ und den nationalen Gerichten¹²⁶² und Behörden¹²⁶³ als Orientierungspunkt mit dem Ziel einer einheitlichen und wirksamen Rechtsanwendung zu dienen,¹²⁶⁴ können darin aner kennenswerte Aspekte gesehen werden. Für die nationalen Gerichte können solche Veröffentlichungen zudem den Zugang zu relevanten Informationen erleichtern und Hinweise zu offenen Fragen liefern.¹²⁶⁵ Da es für die Erstellung solcher Äußerungen kaum Vorgaben gibt, könnte man bei solchen Veröffentlichungen den Vorteil leichter Erstellbarkeit und Änderbarkeit sowie hoher Flexibilität sehen.¹²⁶⁶ Es finden sich allerdings auch Stimmen, die kritisch bemerken, dass die Europäische Kommission mit dieser Handlungsform bisweilen faktisch Regelungen treffe, ohne dass ihr diese Befugnis zukomme.¹²⁶⁷

Die Zahl der Mitteilungen, Leitlinien, Bekanntmachungen und ähnlichen Stellungnahmen der Europäischen Kommission ist im Laufe der Entwicklung der Europäischen Gemeinschaften und der EU stark angestiegen. Dies wird – etwa im Beihilfenrecht – auch darauf zurückgeführt, dass über die Jahre die Entwicklung des Primär- und Sekundärrechts an der mangelnden Einigungsfähigkeit der politischen Akteure gescheitert sei.¹²⁶⁸ Bisweilen wird der Erfolg der Integration der Union auch auf die Kombination solcher Handlungsformen mit dem Primär- und Sekundärrecht zurückgeführt.¹²⁶⁹

Gegenstand der Untersuchung in diesem Kapitel ist die Berücksichtigungspflicht, die von Mitteilungen, Leitlinien, Bekanntmachungen und ähnliche Stellungnahmen, die die

¹²⁶¹ *Cini*, Journal of European Public Policy 2001, 8:2, 192, 198; *Senden*, European Law Journal, Vol. 19, No. 1, 1 January 2013, 55, 61ff.

¹²⁶² *Bartels*, S. 167; *Stefan*, The Modern Law Review, 2012, 879, 882f; *Stefan*, CPO Antitrust Chronicle, July 2013, 1, 5.

¹²⁶³ *Stefan*, CPO Antitrust Chronicle, July 2013, 1, 4.

¹²⁶⁴ *Cini*, Journal of European Public Policy 2001, 8:2, 192, 194; *Stefan*, The Modern Law Review, 2012, 879, 890; *Knauff*, jM 2018, 71, 72f, 75; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 6. September 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:544 – Expedia, Rn. 29, 37; vgl. auch *Laitenberger* (Generaldirektor, GD Wettbewerb) *State aid modernisation: The benefits of working more closely together*, Rede beim High Level Forum of Member States am 28. Juni 2017, Umdruck der Europäischen Kommission, S. 4.

¹²⁶⁵ *Bartels*, S. 167.

¹²⁶⁶ *Brohm*, S. 196f; *Trubek/Cottrell/Nance*, 1, 11f; *Stefan*, The Modern Law Review, 2012, 879, 882.

¹²⁶⁷ Siehe dazu unten 6.2.3(b) (ab Seite 323).

¹²⁶⁸ *Blauberger*, West European Politics, Vol. 32, No. 4 (Juli 2009), 719, 725.

¹²⁶⁹ *Schelkle*, Colum. J. Eur. L 2006-2007, 705, 731; *Blauberger*, West European Politics, Vol. 32, No. 4 (Juli 2009), 719ff.

Europäischen Kommission im Zusammenhang mit dem Vollzug des Unionswettbewerbsrechts erlassen hat, für nationale Gerichte ausgeht. Diese Instrumente werden im Folgenden zusammenfassend als "Mitteilungen" bezeichnet.

Vorweg soll darauf hingewiesen werden, dass solche Mitteilungen in der Literatur (und beim *EuGH* von den Generalanwälten¹²⁷⁰) teils unter dem schillernden Begriff des *soft law* kategorisiert werde, der aber nicht einheitlich definiert ist.¹²⁷¹ Teils wird unter dem Begriff des *soft law* ein "nicht zwingender",¹²⁷² teils ein "nicht legislativer"¹²⁷³ Akt oder eine "Empfehlung"¹²⁷⁴ verstanden. In der Literatur wird der Begriff für eine Vielzahl von Vereinbarungen und Äußerungen verschiedener Institutionen und Organe verwendet¹²⁷⁵ und dies nicht nur mit Blick auf die EU,¹²⁷⁶ sondern auch auf (rein) völkerrechtliche¹²⁷⁷ oder auch nationale¹²⁷⁸ Vorgänge. Dabei liegt der Schwerpunkt der wissenschaftlichen Untersuchung teils in dem Ansatz, *soft law* als Gesamtphänomen zu

¹²⁷⁰ Zuletzt etwa *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, insbes. Rn. 81ff. Dagegen selten nur vom *EuGH* selbst; *Stefan*, *European Law Journal*, Vol. 14, No. 6 (November 2008), 753, 755.

¹²⁷¹ *Knauff* in Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010, S. 374: "Ein feststehender Begriff des Soft Law existiert nicht.". Vgl. dazu *Müller-Graff* im selben Band, S. 139ff, sowie – weitgehend gleichlautend – in *EuR* 2012, 18, mit umfangreichen Ausführungen zur möglichen Begriffsausfüllung.

¹²⁷² Zuletzt etwa in der Entschließung des Europäischen Ausschusses der Regionen zu den Prioritäten des Europäischen Ausschusses der Regionen für das Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission 2018, Rn. 31.

¹²⁷³ So etwa zuletzt in der Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Zusammenfassung der Folgenabschätzung, Begleitunterlage zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines Mehrjahresplans für kleine pelagische Bestände im Adriatischen Meer und für die Fischereien, die diese Bestände befischen {COM(2017) 97 final} {SWD(2017) 64 final} unter Punkt B.

¹²⁷⁴ Zuletzt etwa im Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das Governance-System der Energieunion zur Änderung der Richtlinie 94/22/EG, der Richtlinie 98/70/EG, der Richtlinie 2009/31/EG, der Verordnung (EG) Nr. 663/2009, der Verordnung (EG) Nr. 715/2009, der Richtlinie 2009/73/EG, der Richtlinie 2009/119/EG des Rates, der Richtlinie 2010/31/EU, der Richtlinie 2012/27/EU, der Richtlinie 2013/30/EU und der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013 COM/2016/0759 final/2 - 2016/0375 (COD), Begründung, Punkt 3.

¹²⁷⁵ *Koutakis/Buzogany*, 1, 5

¹²⁷⁶ Und dort nicht nur in Bezug auf die Europäische Kommission, sondern z. B. auch im Zusammenhang mit dezentralen Agenturen, vgl. *W. Weiß*, *EuR* 2016, 631ff.

¹²⁷⁷ *Cini*, *Journal of European Public Policy* 2001, 8:2, 192, 194; *Ferran/Alexander*, 1, 15; *Herdegen* in *Maunz/Dürig*, *Grundgesetz-Kommentar*, 81. EL, September 2017, Art.25, Rn. 34.

¹²⁷⁸ *Senden/van den Brink*, 73ff.

erfassen und zu analysieren.¹²⁷⁹ Insoweit gelten einerseits fehlende Rechtsverbindlichkeit,¹²⁸⁰ andererseits aber doch ein gewisses Bindungselement¹²⁸¹ oder ein "legal effect"¹²⁸² und / oder "practical effect"¹²⁸³ als wichtigste Charakteristika von *soft law*, wobei gerade die Bestimmung des Bindungselements bzw. des "legal effects" als schwierig gilt.¹²⁸⁴ Untersucht/kategorisiert wurden insoweit nicht nur einseitige Äußerungen der Europäischen Kommission, sondern etwa auch Harmonisierungsbemühungen in den Gemeinschaften / der Union auf der Grundlage nur weicher Vorschriften für die Mitgliedstaaten,¹²⁸⁵ insbesondere der *open method of coordination* (OMC)¹²⁸⁶ oder weiche Regelungen in Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV.¹²⁸⁷ Eingeteilt wurde *soft law* nach seiner Funktion, also in Instrumente mit

¹²⁷⁹ Z.B. Terpan, European Law Journal, Vol. 21, No. 1 (January 2015), 68ff. Ebenso auch EuGH, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 4ff.

¹²⁸⁰ Georgieva, European Competition Journal 2016, 12:1, 54, 55.

¹²⁸¹ Müller-Graff in 7. SIPE-Kongress 2010, S. 139ff, sowie – weitgehend gleichlautend – in EuR 2012, 18: Zusammenfassend enthält *soft law* für ihn "sollens-finale Sätze oder Standards mit intrinsischer Gemeinwohlvermutung, die zwar nicht rechtsverbindlich sind, aber über ein Bindungselement Rechtswirkungen oder Verhaltenswirkungen auslösen können, die einer Rechtsbindung nahe- oder gleichkommen"; Trubek/Cottrell/Nance, 1f; Cini, Journal of European Public Policy 2001, 8:2, 192, 194.

¹²⁸² Senden, Electronic Journal of Comparative Law, vol 9.1 (January 2005), 1, 23; Stefan, European Law Journal, Vol. 14, No. 6 (November 2008), 753, 756; Ferran/Alexander, 1, 15; Stefan, The Modern Law Review, 2012, 879; Stefan, E.L. Rev. 2012, 37(1), 49; Senden/van den Brink, 11; EuGH, Schlussanträge d. GA v. 18. Februar 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102 – Kotnik u.a., Rn. 25; EuGH, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien.

¹²⁸³ Cini, Journal of European Public Policy 2001, 8:2, 192, 194; Trubek/Cottrell/Nance, 1f; Senden, Electronic Journal of Comparative Law, vol 9.1 (January 2005), 1, 23; Blauburger, West European Politics, Vol. 32, No. 4 (Juli 2009), 719, 726; Stefan, European Law Journal, Vol. 14, No. 6 (November 2008), 753, 756; Ferran/Alexander, 1, 15; Stefan, The Modern Law Review, 2012, 879; Stefan, E.L. Rev. 2012, 37(1), 49; Senden/van den Brink, 11. Vgl. Auch EuGH, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 86ff.

¹²⁸⁴ Hofmann, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 164; Cannizzaro/Rebasti in Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010, S. 209: "Soft law is generally defined on the basis of a quality which it does not possess: the binding value. However, it is much more difficult to define it in the positive." Ähnlich Stefan, The Modern Law Review, 2012, 879, 880, 886.

¹²⁸⁵ Bspw. Schelkle, Colum. J. Eur. L. 2006-2007, 705ff; Koutakis/Buzogany, 1ff; Ferran/Alexander, 1ff; Saurugger/Terpan, 1ff; van Rijsbergen, UtrechtLawReview, Volume 10, Issue 5 (December) 2014, 116ff; Terpan, European Law Journal, Vol. 21, No. 1 (January 2015), 68ff.

¹²⁸⁶ Trubek/Cottrell/Nance, 1, 14ff; Senden, Electronic Journal of Comparative Law, vol 9.1 (January 2005), 1, 13; Trubek/Trubek, European Law Journal, Vol. 11, May 2005, 343; Dawson, EUI Working Paper RSCAS 2009/24, 1, 3; Stefan, European Law Journal, Vol. 14, No. 6 (November 2008), 753, 755; Senden/van den Brink, 12f.

¹²⁸⁷ Falkner/Treib/Hartlapp/Leiber, S. 179ff.

"*pre law function*" (wie Grün- und Weißbücher¹²⁸⁸), mit "*post law function*" (also Akte mit norminterpretierendem Charakter) sowie mit "*para law function*" (also Instrumente mit steuernder Funktion)¹²⁸⁹ oder in Instrumente zum "*soft regulatory rule-making*" bzw. "*soft administrative rule-making*"¹²⁹⁰ oder nach seiner Entstehung (vereinbartes und gesetztes *soft law*).¹²⁹¹ Abgegrenzt wird teilweise auch zu rein innerdienstlichen Mitteilungen der Europäischen Kommission¹²⁹² sowie zu – eher journalistisch gehaltenen – Veröffentlichungen der Europäischen Kommission, die weniger für die Durchsetzung oder konkrete Rechtsanwendung, sondern als Überblick und Informationsmaterial über Politik- und Regelungsbereiche der EU für den interessierten Bürger gedacht sind.¹²⁹³

Letztlich hat sich schon früh erwiesen, dass sich hinter dem Begriff des *soft law* eine Vielzahl unterschiedlicher Instrumente mit unterschiedlichen Wirkungsweisen verbirgt,¹²⁹⁴ was den Blick auf die Wirkung tatsächlich untersuchter Handlungsformen verstellen kann. Da vorliegend untersucht werden soll, welche Berücksichtigungspflichten von Mitteilungen, die bezogen auf die Durchsetzung des Unionswettbewerbsrechts von der Europäischen Kommission erlassen werden, für die nationalen Zivilgerichte ausgehen, wird in dieser Arbeit nicht auf eine Wirkungsbeschreibung von *soft law* im Allgemeinen gesetzt, sondern auf eine konkrete Betrachtung der Handlungsform der Mitteilung der Europäischen Kommission im Unionswettbewerbsrecht.

Die rechtlichen Wirkungen von Mitteilungen rühren nicht aus diesen selbst her, sondern aus (übergeordneten, primärrechtlichen) Grundsätzen des Unionsrechts.¹²⁹⁵

¹²⁸⁸ v. Graevenitz, EuZW 2013, 169f, und Brohm, S. 27ff.

¹²⁸⁹ Senden, Electronic Journal of Comparative Law, vol 9.1 (January 2005), 1, 23f; Knauff, EuR 2011, 735; Senden/van den Brink, 12ff.

¹²⁹⁰ Senden/van den Brink, 12ff.

¹²⁹¹ Knauff, EuR 2011, 735.

¹²⁹² Brohm, S. 35.

¹²⁹³ Brohm, S. 51f.

¹²⁹⁴ Senden, Electronic Journal of Comparative Law, vol 9.1 (January 2005), 1, 24.

¹²⁹⁵ Stefan, European Law Journal, Vol. 14, No. 6 (November 2008), 753, 772; Stefan, E.L. Rev. 2012, 37(1), 49, 62f, 64f; Stefan, CPO Antitrust Chronicle, July 2013, 1, 4; Stefan, S. 181ff; van Rijsbergen, UtrechtLawReview, Volume 10, Issue 5 (December) 2014, 116, 117. Dies zugrundelegend wohl auch EuGH, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 101.

Mitteilungen passen sich zwar nicht in das System des Art. 288 AEUV ein;¹²⁹⁶ es gilt aber als gesichert, dass es ihnen jedenfalls an Verbindlichkeit i.S.d. Vorschrift fehlt,¹²⁹⁷ womit sie letztlich den *Empfehlungen und Stellungnahmen* des Art. 288 Abs. 5 AEUV entsprechen.¹²⁹⁸ Der Ausspruch der fehlender Verbindlichkeit aus Art. 288 Abs. 5 AEUV lässt allerdings die (sonstige) Wirkungsweise dieses *soft law* offen.¹²⁹⁹

Eine wesentliche (rechtliche) Wirkung *soft law* in Form von Mitteilungen besteht in Bezug auf die Europäische Kommission selbst: Ähnlich wie Verwaltungsschreiben¹³⁰⁰ wird solchem *soft law* vom *EuGH* und *EuG*¹³⁰¹ sowie der Literatur¹³⁰² eine Selbstbindungswirkung¹³⁰³ zugeschrieben:¹³⁰⁴ Es wird angenommen, dass die Europäische Kommission durch ihre Äußerungen in solchem *soft law* in der Ausübung

¹²⁹⁶ *Brohm*, S. 66; *Senden*, European Law Journal, Vol. 19, No. 1, 1 January 2013, 55; *Terpan*, European Law Journal, Vol. 21, No. 1 (January 2015), 68, 70f.

¹²⁹⁷ *Rusche* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 3) BeihilfenR/Sonderbereiche, AEUV Art. 107 Abs. 3, Rn. 10; *Senden*, European Law Journal, Vol. 19, No. 1, 1 January 2013, 55, 62; *Walzel*, S. 162ff, 401ff; *Kersting/Walzel* in *KöKo* Art. 101-106 AEUV, Art. 101, Rn. 567. Teilweise wird in den Mitteilungen selbst auf ihre rechtliche Unverbindlichkeit hingewiesen; *Brohm*, S. 59f.

¹²⁹⁸ *Thomas*, EuR 2009, 423, 424; *Ferran/Alexander*, 1, 14; *Stefan*, The Modern Law Review, 2012, 879.

¹²⁹⁹ *Knauff*, EuR 2011, 735, 740.

¹³⁰⁰ S.o. 5.2.1 (ab Seite 266).

¹³⁰¹ *EuGH*, Urt. v. 26. Juli 2017 – C-517/15 P, ECLI:EU:C:2017:598 – AGC Glass Europe u. a. gegen Europäische Kommission, insbes. Rn. 79; *EuGH*, Urt. v. 8. März 2016 – C-431/14 P, ECLI:EU:C:2016:145 – Hellenische Republik, Rn. 69; *EuGH*, Urt. v. 28. Juni 2005 – Verbundene Rechtssachen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 – Dansk Rørintustri, Rn. 209ff; aufgegriffen in *EuGH*, Urt. v. 21. September 2006 – C-167/04 P, ECLI:EU:C:2006:594 – JCB Service, Rn. 207, sowie *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 6. September 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:544 – Expedia, Rn. 36, und *EuGH*, Urt. v. 13. Dezember 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 – Expedia, Rn. 28, wo die Anwendung dieses Grundsatzes auf die Bagatellbekanntmachung (2001) bejaht wird; *EuG*, Urt. v. 14. Mai 2014 – T-406/09, ECLI:EU:T:2014:254 – Donau Chemie, Rn. 59.

¹³⁰² *Hofmann*, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 160.

¹³⁰³ Vom *EuGH* teils als "Beschränkung des Ermessens" bezeichnet, *EuGH*, Urt. v. 21. September 2006 – C-167/04 P, ECLI:EU:C:2006:594 – JCB Service, Rn. 211.

¹³⁰⁴ *Brohm*, S. 95ff; *Nehl* in *Immenga/Körber* (Hrsg.), S. 117, 125f. Dies gilt unabhängig davon, ob sich die Europäische Kommission die Anwendung von Leitlinien sekundärrechtlich selbst auferlegt hat (vgl. etwa Art. 58 Abs. 1 AGVO oder den Erwägungsgrund (15) der AGVO-alt, also der nicht mehr in Kraft befindlichen VO (EG) 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag, ABl. L 214 v. 9. August 2008, S. 3) oder nicht.

ihrer Ermessens eingeschränkt sei,¹³⁰⁵ da sie durch den allgemeinen Gleichheitssatz und den Grundsatz des Vertrauensschutzes¹³⁰⁶ entsprechend gebunden sei.¹³⁰⁷ Abweichungen sollen der Europäischen Kommission (nur) möglich sein,¹³⁰⁸ soweit dies objektiv gerechtfertigt ist¹³⁰⁹ und von ihr begründet wird,¹³¹⁰ wobei dieser "Sonderfallvorbehalt" in einigen Mitteilungen sogar ausdrücklich benannt ist.¹³¹¹ Der Erlass solcher *soft laws* soll – so der *EuGH*¹³¹² – die Europäische Kommission nicht von der Prüfung entlasten, Hinweisen auf außergewöhnliche Umstände nachzugehen, die die Anwendbarkeit der Mitteilungen entfallen lassen. Da die Befugnis der Europäischen Kommission zum Erlass von *soft law* nicht die Ermächtigung zu Änderung oder Ergänzung von Primär- und Sekundärrecht enthält, endet ihre Selbstbindungswirkung bei einem Verstoß gegen Primär- und Sekundärrecht.¹³¹³ Damit kann sich die Europäische Kommission im Einzelfall gezwungen sehen, von den in einer Mitteilung festgelegten Linien abzuweichen.

In der Literatur wurde diese Beschäftigung von *EuGH* und *EuG* mit dem *soft law* der Europäischen Kommission genau verfolgt. Dort wurde herausgearbeitet, dass die Befassung der Unionsgerichte mit solchem *soft law* im Bereich des EU-

¹³⁰⁵ Hofmann, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 160; Rusche in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Band 3) BeihilfenR/Sonderbereiche, AEUV Art. 107 Abs. 3, Rn. 11, 13.

¹³⁰⁶ Vgl. insbes. *EuGH*, Urt. v. 28. Juni 2005 – Verbundene Rechtssachen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 - Dansk Rørindustri, Rn. 186ff, 227ff; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 90.

¹³⁰⁷ Hofmann, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 162, 164f; Thomas, EuR 2009, 423, 426f; Nehl in Immenga/Körber (Hrsg.), S. 117, 125f; Stefan, E.L. Rev. 2012, 37(1), 49, 52f, 65ff; Senden, European Law Journal, Vol. 19, No. 1, 1 January 2013, 55, 62f.

¹³⁰⁸ v. Graevenitz, EuZW 2013, 169, 172; *EuGH*, Urt. v. 19. Dezember 2012 – C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821 - Mitteldeutsche Flughafen AG, Rn. 38f; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 18. Februar 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102 – Kotnik u.a., Rn. 41.

¹³⁰⁹ Hofmann, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 163.

¹³¹⁰ *EuGH*, Urt. v. 29. September 2011 – C-520/09 P, ECLI:EU:C:2011:619 – Arkema, Rn. 88; *EuGH*, Urt. v. 8. Dezember 2011 – C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:810 – KME, Rn. 100.

¹³¹¹ Thomas, EuR 2009, 423, 428; *EuGH*, Urt. v. 19. Juli 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570 – Kotnik u.a., Rn. 101. Zusätzlich enthalten manche Mitteilungen auch eine zeitliche Begrenzungen ("*sunset clause*"), um die Selbstbindungswirkung, zumindest soweit sie die mit Vertrauensschutzaspekten begründet wird, einzuschränken; Rusche in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Band 3) BeihilfenR/Sonderbereiche, AEUV Art. 107 Abs. 3, Rn. 12.

¹³¹² *EuGH*, Urt. v. 19. Juli 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570 – Kotnik u.a., Rn. 40f, 98; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 18. Februar 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102 – Kotnik u.a., Rn. 41.

¹³¹³ Thomas, EuR 2009, 423, 428f.

Wettbewerbsrecht zunächst gegen Null tendierte, in den 1990er Jahren zunahm und insbesondere durch das *EuG*, in den 2000er-Jahren stark anstieg.¹³¹⁴ Die Unionsgerichte sahen sich zwar selbst nicht formal an die Mitteilungen der Europäischen Kommission gebunden, hätten sich allerdings dennoch gleichwohl intensiv mit solchen Äußerungen befasst einschließlich von Überprüfungen, ob sich etwa Beschlüsse der Europäischen Kommission im Rahmen ihrer eigenen Leitlinien halten.¹³¹⁵ Diese Art *soft law* wird daher – gerade wegen der Rezeption durch die Unionsgerichte – als wichtiger Bestandteil des Normengefüges der Union verstanden.¹³¹⁶ *Soft law* werde von den Unionsgerichten trotz der Annahme formal fehlender Bindungswirkung "*mitunter dennoch gesetzesähnlich behandelt*", wobei dieser "*judicial self restraint*" gerade im Beihilfenbereich "*besonders ausgeprägt*" sei.¹³¹⁷ Dies wurde v.a. für die Rechtsprechung der Unionsgerichte zur Bußgeldpraxis der Europäischen Kommission mit Bezug auf deren Bußgeldleitlinien¹³¹⁸ herausgearbeitet.¹³¹⁹ Es wurde zudem beobachtet, dass die Europäische Kommission Mitteilungen "*völlig selbstverständlich unter der Überschrift 'Legislation' aufführt*".¹³²⁰

Insgesamt unterliegen in den Augen der Literatur Mitteilungen damit einer "*schleichenden Verrechtlichung*"¹³²¹ und es wird ihnen eine "*erhebliche Steuerungskraft*" zugeschrieben.¹³²² Mitteilungen hätten – obgleich ihnen keine dem

¹³¹⁴ *Stefan*, European Law Journal, Vol. 14, No. 6 (November 2008), 753, 758ff; *Stefan*, E.L. Rev. 2012, 37(1), 49, 54ff. Nach *Stefan*, E.L. Rev. 2012, 37(1), 49, 55f, lag der Schwerpunkt in der Befassung mit den Leitlinien zu EU-kartellrechtlichem Bußgeld und entsprechenden Kronzeugenregelungen, den Berichten zur Wettbewerbspolitik, Leitlinien zu Regionalbeihilfen und Sanierungsbeihilfen sowie den beihilfenrechtlichen *de minimis*-Leitlinien.

¹³¹⁵ Vgl. zuletzt etwa *EuG*, Urt. v. 26. Oktober 2017 – T-704/14, ECLI:EU:T:2017:753 – Marine Harvest/Kommission, Rn. 85ff, bezogen auf die KMZ.

¹³¹⁶ *Stefan*, European Law Journal, Vol. 14, No. 6 (November 2008), 753, 772; *Christianos* in Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010, S. 325: "... *important aspects of EU law are clarified through soft law instruments. In the field of competition law alone, key aspects of regulation lie in soft law; ...*".

¹³¹⁷ *Kallmayer*, S. 670ff.

¹³¹⁸ *Europäischen Kommission*, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003; ABl. C 210 v. 1. September 2006, S. 2.

¹³¹⁹ *de Bronett*, EWS 2017, 181ff.

¹³²⁰ *Soltész*, EuZW 2013, 881f.

¹³²¹ *Nehl* in *Immenga/Körber (Hrsg.)*, S. 117, 128; ähnlich auch *Soltész*, EuZW 2013, 881f.

¹³²² *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL August 2014, AEUV Art. 288, Rn. 208, 211. Vgl. Auch *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 91.

Sekundärrecht entsprechende Verbindlichkeit zukommt¹³²³ – möglicherweise aber auf der Grundlage von politischer, sozialer oder moralischer Bindung¹³²⁴ erhebliche faktische Effekte¹³²⁵, die sich letztlich durch das Zusammenspiel der relevanten Akteure – Europäische Kommission, Unions- und nationale Gerichte – ergäben.¹³²⁶ Viele Rechtsanwender,¹³²⁷ auch nationale Gerichte,¹³²⁸ verließen sich auf die Richtigkeit solcher Veröffentlichung oder hielten sie für *de facto* bindend.¹³²⁹ Gerade weil die Europäische Kommission oft ungeklärte Rechtsfragen auf diesem Weg einem Lösungsvorschlag zuführt,¹³³⁰ entstehe hieraus eine erhebliche faktische Wirkung.¹³³¹

So wie das allgemeine Primärrecht zu einer rechtlichen Wirkung von *soft law* in Form von Mitteilungen für die Europäische Kommission (Selbstbindung) führt, ist auch eine rechtliche Wirkung für die nationalen Gerichte denkbar. Eine ausdrückliche unionsrechtliche Regelung einer Berücksichtigungspflicht zu Lasten nationaler

¹³²³ S.o. Fn. 1297 (Seite 281).

¹³²⁴ *Stefan*, The Modern Law Review, 2012, 879, 881.

¹³²⁵ Auf die starke faktische Wirkung von *soft law* weist *W. Weiß*, EWS 2010, 257f, u.a. mit dem Argument hin, dass dieses insbesondere dort Räume füllt, wo es an einer detaillierten primär- oder sekundärrechtlichen Regelung fehlt und somit oft zur "*einzigsten Grundlage für die Auslegung und Anwendung des EU-Kartellrechts und die Orientierung der Praxis*" wird. Zur starken faktischen Wirkung vgl. auch v. Graevenitz, EuZW 2013, 169, *Georgieva*, European Competition Journal 2016, 12:1, 54, 55, *Walzel*, S. 17ff, 162, 436f, *Kersting/Walzel* in KöKo Art. 101-106 AEUV, Art. 101, Rn. 569, und *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 18. Februar 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102 – Kotnik u.a., Rn. 43, sowie *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 95.

¹³²⁶ *Stefan*, European Law Journal, Vol. 14, No. 6 (November 2008), 753, 756f.

¹³²⁷ *Stefan*, E.L. Rev. 2012, 37(1), 49; *Walzel*, ZVertriebsR 2017, 71, 72. *Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage 2018, Europäisches Verwaltungsrecht, Europäisierung des Verwaltungsrechts und Internationales Verwaltungsrecht, Rn. 82.

¹³²⁸ *Senden/van den Brink*, 8, 39f; *Stefan*, The Modern Law Review, 2012, 879; *Zuber*, S. 82. Deutlich wird dies zuletzt etwa in *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 18. Februar 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102 – Kotnik u.a., Rn. 27: "*Einige der Vorlagefragen scheinen von der Prämisse auszugehen, dass die Bankenmitteilung – wenn nicht de iure, so doch mindestens de facto – für die Mitgliedstaaten bindend ist. Andernfalls hätte das vorlegende Gericht keinen Grund, die Gültigkeit einer solchen Mitteilung in Frage zu stellen.*" Vgl. auch die Untersuchung von *Georgieva*, European Competition Journal 2016, 12:1, 54, 63, über die Rezeption von *soft law* im Bereich des Unionskartellrechts durch nationalen Gerichte in den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich, wo eine überwiegende Befolgung festgestellt wurde, allerdings auf vergleichsweise geringer Datenbasis.

¹³²⁹ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 18. Februar 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102 – Kotnik u.a., Rn. 32.

¹³³⁰ S.o. Fn. 1325; vgl. z.B. *Europäische Kommission*, Bekanntmachung Beihilfenbegriff, Rn. 3.

¹³³¹ *W. Weiß*, JECLAP 2011, 441f; *Stefan*, The Modern Law Review, 2012, 879, 881.

Gerichte mag hier sogar denkbar sein,¹³³² ist im Unionswettbewerbsrecht aber nicht ersichtlich.¹³³³

Daher wird im Folgenden untersucht, welche Berücksichtigungspflichten bezogen auf Mitteilungen, die bezogen auf die Durchsetzung des Unionswettbewerbsrechts von der Europäischen Kommission erlassen werden, für die nationalen Zivilgerichte aufgrund des Primärrechts bestehen.

6.2 Umfang der Berücksichtigungspflicht für nationale Zivilgerichte auf der Grundlage des Primärrechts

6.2.1 Entwicklung der Rechtsprechung

Die Frage der (rechtlichen) Wirkung von Mitteilungen für die nationalen Gerichte war bereits Gegenstand der Befassung des *EuGH*. Ein wichtiger Ausgangspunkt war dabei die bereits oben¹³³⁴ zitierte Entscheidung *Bruno Giry / Guerlain*.¹³³⁵ Damals hatte der *EuGH* (im Zusammenhang des Gemeinschaftskartellrechts) die Sichtweise eingenommen, dass von einem einfachen Schreiben der Europäischen Kommission (zur Verfahrensbeendigung) ohne Entscheidungscharakter keine Berücksichtigungspflicht für die nationalen Gerichte ausgehe. In der Entscheidung *Grimaldi*¹³³⁶ stellte der *EuGH* dann allerdings klar, dass selbst unverbindliche Maßnahmen nicht als "*rechtlich völlig wirkungslos*" angesehen werden könnten. Die innerstaatlichen Gerichte seien "*verpflichtet, bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten die Empfehlungen zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn diese Aufschluß über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen.*" Hierfür wurde in der *Grimaldi*-Entscheidung aber keine weitere Begründung gegeben.

Dies hatte die GA Kokott in der Sache *Expedia*¹³³⁷ aufgegriffen. Einerseits bestehe keine starre Bindung der nationalen Gerichte, andererseits sei aus dem Loyalitätsgebot eine

¹³³² Vgl. hierzu, allerdings nicht zum hier betrachteten Bereich des EU-Wettbewerbsrechts, *Brohm*, S. 159ff, *Müller-Graff*, EuR 2012, 18, 28 unter (1), sowie *Senden*, European Law Journal, Vol. 19, No. 1, 1 January 2013, 55, 63f, und *van Rijsbergen*, UtrechtLawReview, Volume 10, Issue 5 (December) 2014, 116, 122ff.

¹³³³ *Brohm*, S. 176f.

¹³³⁴ S.o. 5.2.1 (ab Seite 266).

¹³³⁵ *EuGH*, Urt. v. 10. Juli 1980 – verbundene Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79, ECLI:EU:C:1980:188 - Bruno Giry / Guerlain, Rn. 3 bis 17.

¹³³⁶ *EuGH*, Urt. v. 13. Dezember 1989 - C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646 – Grimaldi, Rn. 10ff.

¹³³⁷ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 6. September 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:544 – Expedia, Rn. 35ff.

Befassungspflicht abzuleiten. Im *"System der Verordnung Nr. 1/2003"* sei die *"Führungsrolle"* der Europäischen Kommission *"bei der Ausgestaltung der europäischen Wettbewerbspolitik"* fest verankert. Diese werde *"untergraben, wenn die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten eine wettbewerbspolitische Bekanntmachung der Kommission kurzerhand ignorierten."* Die Entscheidung des *EuGH* in derselben Sache¹³³⁸ machte allerdings deutlich, dass eine Abweichung der nationalen Gerichte von Mitteilungen der Europäischen Kommission nicht nur zulässig, sondern sogar primär- oder sekundärrechtlich geboten sein kann.¹³³⁹

In der Entscheidung *Baltlanta*¹³⁴⁰ stellte der *EuGH* dann allerdings nochmals klar, dass die nationalen Gerichte verpflichtet seien, *"Leitlinien, auch wenn sie keine bindenden Wirkungen entfalten sollen, bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn die Leitlinien Aufschluss über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche Vorschriften des Unionsrechts ergänzen sollen"*. In der Entscheidung *DHL Express (Italy)*¹³⁴¹ bestätigte der *EuGH* danach dann nochmals die fehlende Bindungswirkung für die nationalen Gerichte.

Soweit sich damit in der Rechtsprechung des *EuGH* die Sichtweise entwickelte, dass von den hier untersuchten Mitteilungen zwar keine Bindungswirkung für die nationalen Gerichte, wohl aber eine Orientierungsfunktion ausgeht, die einer Pflicht entspricht, sich mit den Ansichten der Europäischen Kommission auseinanderzusetzen, entspricht dies der in der Literatur zum *soft law* entwickelten Sichtweise, dass dieses zwar nicht rechtsverbindlich (im Sinne einer gesetzlichen Regelung) ist, ihm aber durchaus eine rechtliche Wirkung zukommt.¹³⁴² Dabei wurde vor der Entscheidung *DHL Express*

¹³³⁸ *EuGH*, Urt. v. 13. Dezember 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 – Expedia, Rn. 35ff.

¹³³⁹ Im konkreten Fall sah der *EuGH* die nach Marktanteilen bestimmten Spürbarkeitsgrenzen der Bagatellbekanntmachung (2001) im Fall von bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen als nicht anwendbar und nahm gleichzeitig eine große Reichweite des Tatbestandes einer solchen bezweckten Wettbewerbsbeschränkung an.

¹³⁴⁰ *EuGH*, Urt. v. 3. September 2014 – C-410/13, ECLI:EU:C:2014:2134 – Baltlanta, Rn. 64.

¹³⁴¹ *EuGH*, Urt. v. 20. Januar 2016 – C-428/14, ECLI:EU:C:2016:27 – DHL Express (Italy), Rn. 38, 42 (fehlende Bindungswirkung des ECN-Kronzeugenmodells für nationale Gerichte); *EuGH*, Urt. v. 14. Juni 2011 – C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389 – Pfeiderer, Rn. 21; hier kam der *EuGH* zu dem Ergebnis, dass *"die Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden (2004/C 101/03, ABl. 2004, C 101, S. 43) und die Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (2006/C 298/11, ABl. 2006, C 298, S. 17) ... für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich sind."*

¹³⁴² S.o. 6.1 (ab Seite 276), insbesondere Seite 279.

(Italy) noch diskutiert, ob von *soft law* für die nationalen Gerichte nicht Bindungswirkung ausgeht.¹³⁴³

Die Frage der Berücksichtigungspflicht von Mitteilungen der Europäischen Kommission für nationale Zivilgerichte soll – vor dem Hintergrund der Überlegungen dieser Arbeit zur Berücksichtigungspflichten bezogen auf Beschlüsse (Kapitel 3) und informellen Verwaltungsschreiben (Kapitel 5) – genauer verprobt werden. Es wird untersucht, ob bezogen auf Mitteilungen, die von der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit dem Vollzug des Unionswettbewerbsrechts erlassen werden, eine Pflicht der nationalen Gerichte zu maßgeblicher Berücksichtigung (6.2.2) oder zumindest eine Orientierungswirkung (6.2.3) besteht. Dabei wird bei der Frage einer Pflicht zur maßgeblichen Berücksichtigung unterschieden zwischen im Wesentlichen einseitig gesetzten und in Abstimmung mit den Mitgliedstaaten gesetzten Mitteilungen.

6.2.2 Zur Frage einer Pflicht maßgeblicher Berücksichtigung

(a) Einseitig gesetzte Mitteilungen

Die Selbstbindung der Europäischen Kommission durch *soft law* in Form der hier betrachteten Mitteilungen wird im Wesentlichen aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit (unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes) und dem allgemeinen Gleichheitssatz abgeleitet.¹³⁴⁴ Diese Grundsätze binden die nationalen Gerichte nicht,¹³⁴⁵ denn diese haben die Leitlinien o.ä. nicht erlassen.¹³⁴⁶ Den hier betrachteten Mitteilungen ist zudem gemein, dass ihnen keine Verbindlichkeit i.S.d. Art. 288 Abs. 4 AEUV zukommt.¹³⁴⁷

Mit dem Ergebnis aus Kapitel 3 aber, dass der Europäischen Kommission im Rahmen des Vollzugs des Wettbewerbsrechts der Union eine besondere, herausgehobene Rolle zukommt, weshalb die nationalen Gerichte – auf der Grundlage des Loyalitätsgebots in Verbindung mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit – deren Beschlüsse (sowie die Absicht, Beschlüsse zu erlassen) bei ihrer Entscheidungsfindung maßgeblich (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) berücksichtigen müssen, könnte erwogen werden, ob nicht auch in Bezug auf Mitteilungen der Europäischen Kommission eine

¹³⁴³ Sarmiento in Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010, S. 266ff.

¹³⁴⁴ S.o. 6.1 (ab Seite 276), insbes. bei Fn. 1300 bis 1312 (ab Seite 281).

¹³⁴⁵ Graels, 1, 15f.

¹³⁴⁶ Thomas, EuR 2009, 423, 436; Didier, S. 504.

¹³⁴⁷ S.o. 6.1 (ab Seite 276), insbes. bei Fn. 1296 bis 1298 (ab Seite 281).

Pflicht zu maßgeblicher Berücksichtigung i.S. eines Verbots zuwiderlaufender gerichtlicher Entscheidungen oder doch zumindest eine Pflicht zu "*inhaltlich weitestgehender Berücksichtigung*"¹³⁴⁸ ausgeht.

Dies gilt umso mehr, als über Art. 267 AEUV auch Empfehlungen und Stellungnahmen dem *EuGH* vorgelegt werden können;¹³⁴⁹ in der Literatur wird daraus abgeleitet, dass solches *soft law* damit kein "*rechtliches Nullum*" sein kann,¹³⁵⁰ sondern vielmehr einen Teil eines "*Regelungsverbundes*"¹³⁵¹ und des *acquis communautaire*¹³⁵² darstelle. Die Europäische Kommission selbst beflügelt dieses Verständnis, indem sie einer komplexen Verschränkung von Leitlinien, Beschlüssen und Entscheidungen der Unionsgerichte das Wort redet und suggeriert, dass "*Bekanntmachungen und Leitlinien ... Teil des Regelwerks*" darstellen "*das von den nationalen Instanzen angewendet werden muß*".¹³⁵³ Zudem prüft der *EuGH* selbst die Vereinbarkeit von solchem *soft law* mit Primär-/Sekundärrecht selbst in Fällen, in denen er zugleich seine Bindungswirkung ablehnt.¹³⁵⁴

¹³⁴⁸ Hierfür plädiert *Brohm*, S. 178ff, 194ff, bezogen auf die Berücksichtigungspflicht nationaler Kartellbehörden. *Brohm* setzt sich allerdings dann mit den hier im Folgenden thematisierten Aspekten des Sonderfallvorbehalts, des fraglichen Zustandekommens der Mitteilungen und des effektiven Rechtsschutzes nicht auseinander.

¹³⁴⁹ *EuGH*, Urt. v. 20. Februar 2018 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2018:79 – Belgien, Rn. 44.

¹³⁵⁰ *Nehl* in *Immenga/Körber (Hrsg.)*, S. 117, 124, sowie *Stefan*, E.L. Rev. 2012, 37(1), 49, 56, jeweils mit richtigem Verweis auf *EuGH*, Urt. v. 28. Juni 2005 – Verbundene Rechtssachen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 - Dansk Rørindustri, Rn. 223: "Recht" i.S.d. Art. 7 Abs. 1 EMRK.

¹³⁵¹ *Knauff*, EuR 2011, 735, 738.

¹³⁵² *Stefan*, E.L. Rev. 2012, 37(1), 49, 56.

¹³⁵³ *Europäische Kommission*, Weißbuch 81/82, Rn. 86: "*Die Kommission hat außerdem die Absicht, weitere Bekanntmachungen und Leitlinien zu veröffentlichen, um ihre Politik zu erläutern und den innerstaatlichen Instanzen Anhaltspunkte für die Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln zu geben. Diese Instrumente eignen sich insbesondere für die Auslegung von Vorschriften wirtschaftlicher Art, weil sie es erlauben, einer Gesamtheit von Beurteilungskriterien, die für die wettbewerbliche Prüfung von Bedeutung sind, Rechnung zu tragen. Selbst wenn Bekanntmachungen und Leitlinien für die innerstaatlichen Instanzen nicht verbindlich sind, dürften sie einen wertvollen Beitrag zur kohärenten Anwendung des Gemeinschaftsrechts leisten, da Einzelentscheidungen der Kommission ihren Inhalt bestätigen werden. Soweit diese Entscheidungen auch noch vom Gerichtshof bestätigt werden, bilden die Bekanntmachungen und Leitlinien, auf die sie sich beziehen, einen Teil des Regelwerks, das von den nationalen Instanzen angewendet werden muß.*"

¹³⁵⁴ v. *Bonin/Olthoff*, EuZW 2016, 778, 780f.

Ähnlich wie bei Verwaltungsschreiben¹³⁵⁵ spricht allerdings bereits das informelle Zustandekommen solchen *soft laws* gegen eine Pflicht der nationalen Gerichte zur maßgeblichen Berücksichtigung. Zwar hat sich die Europäische Kommission in der Vergangenheit vor dem Erlass einiger Mitteilungen (oft, wenn auch nicht immer) um das Einholen der Auffassung interessierter Kreise bemüht und wird dies vermutlich auch in Zukunft so halten.¹³⁵⁶ Ein Vetorecht räumt die Europäische Kommission in der Regel aber niemanden ein¹³⁵⁷ und es ist in der Regel auch offen, ob und inwieweit alle (potentiell oder tatsächlich) Betroffenen Einfluss nehmen konnten bzw. gehört wurden.¹³⁵⁸ Letztlich stellt der Erlass von Mitteilungen nur informelles Verwaltungshandeln dar, für deren Erlass es keine vorgegebenen Regeln gibt¹³⁵⁹ und für das nach der *Lorenz*-Entscheidung des *EuGH* gerade keine Vermutung der Richtigkeit besteht.¹³⁶⁰

Zudem besteht mit und ohne ausdrücklich in der Mitteilung benanntem "Sonderfallvorbehalt" ein Recht bzw. sogar die Pflicht¹³⁶¹ der Europäischen Kommission, im Einzelfall (etwa bei "*außergewöhnlichen Umständen*"¹³⁶²) von ihren Äußerungen in *soft law* wieder abzurücken,¹³⁶³ und die reale Möglichkeit, dass dieses Recht auch wahrgenommen wird.¹³⁶⁴

¹³⁵⁵ S.o. 5.2.2 (ab Seite 269).

¹³⁵⁶ Vgl. *Stefan*, E.L. Rev. 2012, 37(1), 49, 59f.

¹³⁵⁷ Vgl. *Brohm*, S. 177.

¹³⁵⁸ Vgl. *Senden/van den Brink*, 20ff, 37, sowie *Senden*, European Law Journal, Vol. 19, No. 1, 1 January 2013, 55, 65. Zu abgestimmten Leitlinien s.u. 6.2.2(b) (ab Seite 294).

¹³⁵⁹ *Senden*, European Law Journal, Vol. 19, No. 1, 1 January 2013, 55, 68ff.

¹³⁶⁰ *EuGH*, Urt. v. 11. Dezember 1973 – 120/73, ECLI:EU:C:1973:152 – *Lorenz*, Rn. 5f. So im Ergebnis wohl auch *EuGH*, Urt. v. 8. März 2016 – C-431/14 P, ECLI:EU:C:2016:145 – *Hellenische Republik*, Rn. 71.

¹³⁶¹ *EuGH*, Urt. v. 19. Juli 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570 – *Kotnik u.a.*, Rn. 41; *Rusche* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (Band 3) BeihilfenR/Sonderbereiche, AEUV Art. 107 Abs. 3, Rn. 15.

¹³⁶² *EuGH*, Urt. v. 8. März 2016 – C-431/14 P, ECLI:EU:C:2016:145 – *Hellenische Republik*, Rn. 70.

¹³⁶³ S.o. 6.1 (ab Seite 276), insbes. bei Fn. 1308 bis 1312 ab Seite 282. Für *Walzel*, S. 171, führt gerade der Sonderfallvorbehalt zur strukturellen Ungeeignetheit von Leitlinien etc. für eine Bindungswirkung.

¹³⁶⁴ *Kallmayer*, S. 673f.

Schließlich kann auch *soft law* – ähnlich informellen Verwaltungsschreiben – der Verdacht anhaften, nicht von der Europäischen Kommission als ganzer getragen zu sein;¹³⁶⁵ dies gilt erst recht für vorläufige Fassungen von Mitteilungen.¹³⁶⁶

Nichts anderes ergibt sich für Mitteilungen, die sekundärrechtlich zwar vorgesehen sind, für die aber Zustandekommen und Wirkungsweise nicht geregelt ist, wie etwa den Leitlinien nach Art. 16 SE-RL zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags im Schadensersatzprozess, die allgemein in Art. 58 Abs. 1 AGVO erwähnten Mitteilungen¹³⁶⁷ oder Leitlinien zur Berücksichtigung von Effizienzvorteilen nach Erwägungsgrund (29) der FKVO.¹³⁶⁸

Damit sind Äußerungen der Europäischen Kommission in Form von Mitteilungen nur bedingt verlässlich. Eine formale Veröffentlichungsform ist für Mitteilungen zudem

¹³⁶⁵ Beispiel sind die sog. Staff Working Paper; dazu Soltész, EuZW 2013, 881f: "Am unteren Ende der „Verbindlichkeitsskala“ steht eine besonders flexible Handlungsform, die sich zunehmender Popularität erfreut: das „Staff Working Paper“ (oder auch „Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen“). Anders als „offizielle“ Leitlinien wird solches (ganz besonders weiches) Soft Law nicht von der Kommission selbst, d. h. dem Kollegium der Kommissare, verabschiedet, sondern von den Beamten der Generaldirektionen. Inhaltlich geht es hierin aber wirklich nicht um „Kleinkram“, sondern diese Quasi-Non-Papers behandeln durchaus zentrale materiell- und verfahrensrechtliche Fragen. Es handelt sich, technisch gesehen, nicht um Mitteilungen der Kommission, sondern nur um Meinungsäußerungen der Dienststellen. Wie von Kommissionsbeamten ganz offenherzig eingeräumt wird, gilt insoweit das (Un-)Günstigkeitsprinzip. Hält man sich vorbildlich an die Vorgaben des Papers, so genießt man keine echte Rechtssicherheit, denn mangels Verbindlichkeit ist es nicht ausgeschlossen, dass die Kommission von den hierin beschriebenen Grundsätzen abweicht. Ignoriert oder verstößt man jedoch gegen die „Staff Working Paper-Prinzipien“, ist dies aus Sicht der Kommission sicherlich ein wichtiges Indiz für ihre Bewertung. Dieses zwitterartige Instrument illustriert sehr deutlich das bestehende Ungleichgewicht der Kräfte. Die Definitionshoheit verbleibt bei der Kommission. Und die Flexibilität schlägt schnell in Rechtsunsicherheit um."

¹³⁶⁶ Dem Entwurf von Mitteilungen und Leitlinien misst der *EuGH* denn auch keine Bedeutung zu; *EuGH*, Urt. v. 28. Juni 2005 – Verbundene Rechtssachen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 - Dansk Rørindustri, Rn. 193.

¹³⁶⁷ Ähnlich wie in Art. 58 Abs. 1 AGVO hatte die Europäische Kommission bereits in Erwägungsgrund (15) der AGVO-alt (s.o. Fn. 1304 auf Seite 281) auf ihre Prüfung anhand einschlägiger Leitlinien verwiesen. Hierauf verweist auch *EuGH*, Urt. v. 6. Juli 2017 – C-245/16, ECLI:EU:C:2017:521 – Nerea SpA gegen Regione Marche, Rn. 24, allerdings ohne Aussage zu der hier untersuchten Frage der Relevanz solcher Leitlinien für die nationalen Gerichte.

¹³⁶⁸ Gegen eine maßgebliche Berücksichtigungspflicht auch Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7. November 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 56f. Im Fall der FKVO hat der Gemeinschaftsgesetzgeber sogar bewusst davon abgesehen, eine Verbindlicherklärung zu den Leitlinien aufzunehmen, *Walzel*, S. 341.

nicht vorgesehen,¹³⁶⁹ so dass sie für die Betroffenen nur begrenzt erkennbar sind.¹³⁷⁰ Daher ist es bereits mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit nicht vereinbar, wenn von solchen Äußerungen die Pflicht der nationalen Gerichte zur maßgeblichen Berücksichtigung (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) ausginge.¹³⁷¹

Zudem ist zu berücksichtigen, dass ein Vorgehen einer Partei eines Zivilprozesses gegen *soft law* der Europäischen Kommission vor den Unionsgerichten in der Regel nicht möglich ist. Art. 263 Abs. 1 AEUV nimmt Empfehlungen und Stellungnahmen als Gegenstand einer Nichtigkeitsklage aus.¹³⁷² Eine Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 4 AEUV) ist zudem nur gegen Maßnahmen möglich, die eine rechtliche Wirkung beabsichtigen,¹³⁷³ was einen direkten Angriff gegen *soft law* in der Regel¹³⁷⁴ zusätzlich ausschließt.¹³⁷⁵ Damit würde nicht nur eine maßgebliche Berücksichtigung im Zivilprozess (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) auch dem Recht auf effektiven Rechtsschutz widersprechen.¹³⁷⁶ Dies bedeutet, dass ein nationales Gericht

¹³⁶⁹ *EuGH*, Urt. v. 12. Mai 2011 – C-410/09, ECLI:EU:C:2011:294 - Polska Telefonia.

¹³⁷⁰ *Stefan*, *The Modern Law Review*, 2012, 879ff, beklagt denn auch vor dem Hintergrund der *Polska Telefonia*-Entscheidung des *EuGH* (Fn. 1369), nach der eine Veröffentlichung von Leitlinien in jeder Amtssprache der Union nicht erforderlich sei, eine Zunahme von Intransparenz und Rechtsunsicherheit. Darüber hinaus mag man noch das Argument erwägen, dass es dieser Art von *soft law* an der für bindende Normen erforderlichen Genauigkeit fehlt (vgl. *Stefan*, *The Modern Law Review*, 2012, 879, 891f); dagegen spricht allerdings, dass sich auch bindendes Recht mitunter als wenig genau darstellt.

¹³⁷¹ Der *EuGH* lehnt bei Mitteilungen, die sich selbst die Bindungswirkung für die Gerichte absprechen, eine Bindung der nationalen Gerichte ab; *EuGH*, Urt. v. 12. Mai 2011 – C-410/09, ECLI:EU:C:2011:294 - Polska Telefonia, Rn. 30 bis 34; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 6. September 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:544 – Expedia, Rn. 26ff, 37. Gegen die Ableitung einer Befassungspflicht nationaler Gerichte aus dem Loyalitätsgebot auch *Graels*, 1, 9f.

¹³⁷² *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 110ff, plädiert zwar für ein weites Verständnis der "Rechtswirkung" von *soft law* und damit einen erleichterten Zugang zu den Unionsgerichten. Eine Pflicht nationaler Gerichte zu bindender Berücksichtigung scheint dort aber abgelehnt zu werden. In der selben Sache hat der *EuGH*, Urt. v. 20. Februar 2018 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2018:79 – Belgien, Rn. 25ff, nochmals bestätigt, dass gegen Empfehlungen die Nichtigkeitsklage im Grundsatz nicht zulässig ist und geht auf die Frage, ob die Ausnahme für als Empfehlung daherkommende Maßnahmen mit tatsächlicher Rechtswirkung weit auszulegen sei, nicht ein.

¹³⁷³ *Dörr in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 60. EL August 2015, AEUV Art. 263, Rn. 42; *Senden/van den Brink*, 56.

¹³⁷⁴ Vgl. allerdings *Thomas*, *EuR* 2009, 423, 424, zu Nichtigkeitsklagen von Mitgliedstaaten gegen vermeintlich *ultra vires* von der Europäischen Kommission erlassene Richtlinien. Kritisch auch *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 78.

¹³⁷⁵ *Senden/van den Brink*, 40, 55ff, 69f.

¹³⁷⁶ Vgl. *Senden/van den Brink*, 54 unter 2.5.1; s.o. 3.3.3(a) (ab Seite 101).

die Positionierung der Europäischen Kommission in einer Mitteilung nicht als notwendiges Begründungselement für seine Entscheidung heranziehen darf. Es ist vielmehr dazu verpflichtet, zu einer eigenen, im Instanzenzug überprüfbaren Entscheidung zu kommen.¹³⁷⁷ Dies gilt auch dann, wenn ein als Mitteilung erscheinender Akt ausnahmsweise als (angreifbarer) Beschluss zu werten ist oder sein könnte.¹³⁷⁸ Andernfalls wären betroffenen gezwungen auf Verdacht vor dem Unionsgerichten gegen die Mitteilung vorzugehen, wenn sie nicht ausschließen können, dass sie ihnen vor einem Zivilgericht entgegengehalten wird.¹³⁷⁹ Dies gilt etwa, wenn die Mitteilung nur im ABl. C, nicht aber im ABl. L veröffentlicht wurde.¹³⁸⁰

Der Grundsatz *nulla poena sine lege*, kann für die nationalen Gerichte nicht zur einem Anwendungszwang von Mitteilungen der Europäischen Kommission zum Schutze der darauf vertrauenden Wirtschaftsteilnehmer führen, denn dieser spielt für das kontradiktorische Zivilrechtsverfahren keine Rolle, da sich hier nicht Staat und Bürger im Über-/Unterordnungsverhältnis gegenüberstehen, sondern zwei gleichrangige Parteien, wobei die Anwendung der Leitlinien zu Gunsten der einen Partei i.d.R. zu Lasten der anderen Partei gehen wird.¹³⁸¹

¹³⁷⁷ Vgl. oben 3.3.4 (ab Seite 144), dort Fallgruppe 3.

¹³⁷⁸ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 20. Februar 2018 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2018:79 – Belgien, Rn. 29ff; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 63, 72, 117ff, 151ff; *Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Auflage 2018, Europäisches Verwaltungsrecht, Europäisierung des Verwaltungsrechts und Internationales Verwaltungsrecht, Rn. 83.

¹³⁷⁹ Siehe hierzu bereits oben 3.3.5(a) (ab Seite 148) für den ähnlichen Fall des *EuGH*, dass ein nicht-Adressat zwar gegen einen Beschluss vorgehen kann, ihm dies aber nicht vorgehalten werden darf, da die Klagemöglichkeit vor den Unionsgerichten nicht offensichtlich war.

¹³⁸⁰ In der Entscheidung *Polska Telefonia*, *EuGH*, Urt. v. 12. Mai 2011 – C-410/09, ECLI:EU:C:2011:294 – *Polska Telefonia*, Rn. 25f, 35, bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 20. Januar 2016 – C-428/14, ECLI:EU:C:2016:27 – *DHL Express (Italy)*, Rn. 34, verwies der *EuGH* auf die Veröffentlichungsvorschriften in Art. 254 EG (heute Art. 297 AEUV) und seine dazu ergangene Rechtsprechung, wonach bestimmten Gesetzes- und Rechtsakten nur mit Veröffentlichung im Amtsblatt der EU in Kraft treten können. Da (anders als im Amtsblatt L) in der Reihe des Amtsblatts C nur Informationen, Empfehlungen und Stellungnahmen veröffentlicht werden könnten, kommt Verlautbarungen im Amtsblatte C damit in der Regel keine formale Verbindlichkeit zu. Vgl. dazu auch *Brohm*, S. 123. Umgekehrt ist die Veröffentlichung in der Reihe L des Amtsblatts auch kein zwingender Ausweis von Verbindlichkeit; vgl. *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 36, 117, 126.

¹³⁸¹ So im Ergebnis auch *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 6. September 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:544 – *Expedia*, Rn. 33; bestätigt von *EuGH*, Urt. v. 13. Dezember 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 – *Expedia*, Rn. 33.

Insgesamt bestätigen diese Überlegungen die mittlerweile auch deutliche Auffassung des *EuGH*, dass die nationalen Gerichte Mitteilungen der Europäischen Kommission nicht zwingend zugrunde legen¹³⁸² und ggf. sogar davon abweichen müssen,¹³⁸³ wenn Primär- oder Sekundärrecht die von der Europäischen Kommission eingenommene Position nicht zulassen.¹³⁸⁴ Namentlich die Entscheidung des *EuGH* i.S. *Expedia* hat bestätigt, dass *soft law* eben kein "*terziäres Regelwerk*" ist,¹³⁸⁵ sondern nur einen "*Anhaltspunkt*"¹³⁸⁶ darstellt, der verantwortungsvollen Gegenkontrolle durch die nationalen Gerichte unterliegt und von ihnen auch verworfen werden kann.¹³⁸⁷

Am Rande sei erwähnt, dass sich eine Relevanz der rechtlichen Ansichten der Europäischen Kommission, die sich aus *soft law* ergibt, für den Zivilrichter allerdings entweder daraus ergeben kann, dass sich die Parteien des kontradiktorischen Verfahrens vor der (später umstrittenen) Maßnahme auf eine gemeinsame Rechtsansicht auf der Grundlage von *soft law* geeinigt (bzw. sich dazu abgestimmt) hatten¹³⁸⁸ oder sich eine Partei zur Beachtung verpflichtet hatte.¹³⁸⁹ In diesen Fällen können die zivilrechtlichen Vertrauensschutzregelungen greifen, die je nach Umständen dazu führen können, dass das Gericht das *soft law* sogar fallentscheidend berücksichtigen muss.

Schließlich bleibt der Hinweis, dass sich eine Bindungswirkung von *soft law* der Europäischen Kommission aus einer Anordnung nationalen Rechts ergeben kann,¹³⁹⁰

¹³⁸² S.o. Fn. 1341 (Seite 286).

¹³⁸³ *EuGH*, Urt. v. 13. Dezember 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 – *Expedia*, Rn. 35ff.

¹³⁸⁴ *EuGH*, Urt. v. 19. Dezember 2012 – C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821 – *Mitteldeutsche Flughafen AG*, Rn. 38f.

¹³⁸⁵ v. *Graevenitz*, *EuZW* 2013, 169.

¹³⁸⁶ *Kallmayer*, S. 675, mit Verweis auf *EuGH*, Urt. v. 13. Dezember 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 – *Expedia*, Rn. 31.

¹³⁸⁷ Damit kommt es nicht weiter darauf an, dass viele Mitteilungen ausdrücklich klarstellen, dass Abweichungen der in ihnen beschriebenen Grundsätze möglich sind; v. *Graevenitz*, *EuZW* 2013, 169, 171. In der Entscheidung *Polska Telefonia*, *EuGH*, Urt. v. 12. Mai 2011 – C-410/09, ECLI:EU:C:2011:294 – *Polska Telefonia*, Rn. 30 bis 34, ging der *EuGH* schon auf der Grundlage einer Wortlautanalyse davon aus, dass die dort betrachteten Leitlinien nicht binden wollen.

¹³⁸⁸ Ebenso *Müller-Graff*, *EuR* 2012, 18, 29.

¹³⁸⁹ Der letztgenannte Gedanke basiert auf *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 18. Februar 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102 – *Kotnik u.a.*, Fn. 19, zitiert oben in Fn. 1251 (Seite 275).

¹³⁹⁰ v. *Graevenitz*, *EuZW* 2013, 169, 173, mit dem Hinweis auf *EuGH*, Urt. v. 13. Dezember 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 – *Expedia*, Rn. 6 und 10, bezogen auf das französische Recht.

was für Deutschland diskutiert, aber nicht umgesetzt wurde¹³⁹¹ und daher derzeit nicht ersichtlich ist,¹³⁹² wohl aber auch verfassungsrechtlichen Einwänden (wegen des Fehlens einer ausreichenden demokratischen Legitimationskette) ausgesetzt wäre.¹³⁹³

(b) Abgestimmte Mitteilungen

Vor Erlass von Mitteilungen setzt die Europäische Kommission zum Teil auf Verhandlungs- und Abstimmungslösungen mit den Mitgliedstaaten. Die rechtliche Wirkung solcher abgestimmter Mitteilungen galt lange als unklar, was sich – für den Vorschlag zweckdienlicher Maßnahmen der Europäischen Kommission bezogen auf bestehende Beihilfenregelungen (Art. 108 Abs. AEUV) – durch die Einführung von Art. 18, 19 VO 659/1999 (heute Art. 22, 23 VO 2015/1589) geändert hat.¹³⁹⁴ Auf die Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte bezogen auf diese damit positiv-rechtlich geregelten Abstimmung zu beihilferechtlichen zweckdienlichen Maßnahmen wurde bereits oben eingegangen.¹³⁹⁵ Für sonstige, nicht entsprechend institutionalisierte Abstimmungen von Mitteilungen der Europäischen Kommission mit den Mitgliedstaaten folgen hier ergänzende Überlegungen.

Wichtiger Anhaltspunkt ist dabei die Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 93 Abs. 1 EWGV (heute Art. 108 Abs. 1 AEUV) für die Zeit vor Einführung von Art. 18, 19 VO 659/1999 (heute Art. 22, 23 VO 2015/1589). Insoweit tendierte der *EuGH* dazu, abgestimmten Leitlinien eine "zwingende Wirkung" (französische Fassung: "*effet contraignant*") zuzuschreiben¹³⁹⁶ soweit sie im "*Geist der Zusammenarbeit zwischen*

¹³⁹¹ v. Graevenitz, EuZW 2013, 169, 173: "Für das deutsche Kartellrecht war im Rahmen der 7. GWB-Novelle eine verstärkte Bindung an Leitlinien der Kommission in der Diskussion (§ 23-E), wurde dann aber nicht Gesetz, vgl. dazu u.a. Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Dr 15/3640 v. 7. 6. 2004, S. 9, 23, 32, 47, und dazu die krit. Stellungnahmen, z. B. BR-Dr 441/04 v. 9. 7. 2004, S. 3, 5 ff., oder BT-Dr 15/5049 v. 9. 3. 2005." Siehe zu dieser Historie auch Bechtold/Bosch, GWB, vor § 22, Rn. 2.

¹³⁹² Dividier, S. 500.

¹³⁹³ Thomas, EuR 2009, 423, 422ff.

¹³⁹⁴ Hofmann, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 166.

¹³⁹⁵ S.o. 3.6.6 (ab Seite 225).

¹³⁹⁶ *EuGH*, Urt. v. 24. März 1993 - C-313/90, ECLI:EU:C:1993:111 – CIRFS, Rn. 35f: Hier ging es um eine als "Beihilfendisziplin" bezeichnete Verständigung zwischen der Europäischen Kommission und den Mitgliedstaaten. Nach Feststellungen des *EuGH* hatten die Mitgliedstaaten einem Schreiben der Europäischen Kommission zugestimmt, dass die Europäische Kommission mit bestimmten Beihilfen vorab befasst werden müsste. Nach Auffassung des *EuGH* hatten die in der "Beihilfendisziplin aufgeführten und von den Mitgliedstaaten anerkannten Bestimmungen insbesondere die Wirkung ..., daß bestimmten in den Anwendungsbereich der Beihilfendisziplin fallenden Beihilfen die früher ausgesprochene Genehmigung

der Kommission und den Mitgliedstaaten" entstanden¹³⁹⁷ bzw. die Leitlinien von den Mitgliedstaaten anerkannt worden waren.¹³⁹⁸ In der Literatur wurde daher eine mögliche *erga omnes*-Wirkung von solchermaßen abgestimmten *soft law* erwogen.¹³⁹⁹ Hierfür könnte auch sprechen, dass der *EuGH* in der Sache *Expedia* zwar eine Berücksichtigungspflicht ablehnte, allerdings aber auch damit argumentierte, dass von Seiten der Mitgliedstaaten (dort: deren Wettbewerbsbehörden) keine Erklärungen vorlagen, "*wonach sie die Grundsätze der Bekanntmachung anerkennen und diese Grundsätze einhalten werden*".¹⁴⁰⁰

Aus Art. 272 AEUV ergibt sich, dass auch das EU-Recht das Institut eines öffentlich-rechtlichen Vertrages kennt, mit welchem (ähnlich § 54 VwVfG) ein Rechtsverhältnis

entzogen wird und daß sie folglich als neue Beihilfen anzusehen sind, für die die Verpflichtung zur vorherigen Anmeldung gilt."

¹³⁹⁷ *EuGH*, Urt. v. 15. Oktober 1996- C-311/94, ECLI:EU:C:1996:383 - Ijssel-Vliet, Rn. 37ff: Hier ging es um Leitlinien der Europäischen Kommission zur gemeinsamen Fischereipolitik, die auf Art. 93 Abs. 1 EGV (heute Art. 108 Abs. 1 AEUV) gestützt waren. Hier war für den *EuGH* maßgeblich, dass die Leitlinien "*in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten ausgestaltet worden*" waren und die "*Bemerkungen der Mitgliedstaaten*" bei deren Erstellung "*berücksichtigt*" wurden. Zudem habe "*der Geist der Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten während der gesamten Geltungsdauer dieser Leitlinien bestanden*". Nach Überzeugung des *EuGH* hatte im konkreten Fall die niederländische Regierung der Europäischen Kommission auf deren Aufforderung hin bestätigt, daß die im Fischereisektor gewährten Beihilfen die Leitlinien beachteten. Damit seien die Leitlinien "*Teil dieser Verpflichtung zu regelmäßiger und laufender Zusammenarbeit, von der sich weder die Kommission noch die Mitgliedstaaten freimachen können*". Mit Verweis auf die oben beschriebene Sache *CIRFS* nahm der *EuGH* daher auch bezogen auf diese Leitlinien "*bindende Wirkung*" (französische Fassung: "*effet contraignant*") an. Allerdings hatte die Europäische Kommission im vorliegenden Fall "*ihre Zustimmung zu den Änderungen der nationalen Beihilferegelung nur erteilt, soweit bei der Beihilfe der niederländischen Regierung für den Bau von Fischereifahrzeugen die Leitlinien beachtet würden*".

¹³⁹⁸ *EuGH*, Urt. v. 5. Oktober 2000 – C-288/96, ECLI:EU:C:2000:537 – Deutschland/Kommission, 64f: Für die Annahme einer Bindungswirkung von Leitlinien genügte es dem *EuGH* bereits, dass Leitlinien auf der Grundlage von Art. 93 Abs. 1 EWGV grundsätzlich Teil der "*Verpflichtung zu regelmäßiger und laufender Zusammenarbeit, von der sich weder die Kommission noch die Mitgliedstaaten freimachen können*" sei. Auch hier war für den *EuGH* für die Annahme einer Bindungswirkung für die Europäische Kommission und die Mitgliedstaaten, hier die Bundesrepublik Deutschland (französische Fassung: "*lient la Commission mais aussi le gouvernement allemand*") entscheidend, dass die "*deutschen Regierung ... am Verfahren zum Erlass der Leitlinien beteiligt*" war "*und ... ihnen zugestimmt*" hat. Außerdem seien im konkreten Fall "*die Beachtung der Leitlinien eine Bedingung für die Genehmigung der Allgemeinen Bürgschaftsrichtlinien des Landes Niedersachsen durch die Kommission*" gewesen. Die deutsche Regierung habe somit die Anwendbarkeit der Bestimmungen der Leitlinien anerkannt. Allerdings ging es in der Entscheidung nur um die Frage des Umfangs der Begründungspflicht der Europäischen Kommission in einer Einzelfallentscheidung.

¹³⁹⁹ *Hofmann*, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 168; ablehnend *Thomas*, EuR 2009, 423, 434.

¹⁴⁰⁰ *EuGH*, Urt. v. 13. Dezember 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 – Expedia, Rn. 24ff.

im Über-/Unterordnungsverhältnis durch Vereinbarung geregelt werden kann.¹⁴⁰¹ Damit ist es auch denkbar, dass sich die Mitgliedstaaten im Wege einer Übereinkunft mit der Europäischen Kommission auf rechtlich verbindliche Regelungen einigen, die dann auch die nationalen Gerichte zu beachten haben.

Allerdings spricht einiges dafür, dass die beschriebene Rechtsprechung des *EuGH* nicht verallgemeinerbar ist. *Brohm* leitet dies schon aus der älteren Rechtsprechung des *EuGH* zu den zweckmäßigen Maßnahmen bezogen auf bestehende Beihilfen selbst ab.¹⁴⁰² Ihn bestätigt, dass der *EuGH* kürzlich in einem Fall auf der Grundlage des EU-Kartellrechts anders entschieden hat: In der bereits oben zitierten Sache *DHL Express (Italy)*¹⁴⁰³ nahm er die Sichtweise ein, dass der "Umstand, wonach sich die nationalen Wettbewerbsbehörden zur Beachtung der in der Bekanntmachung über die Zusammenarbeit genannten Grundsätze förmlich verpflichtet haben, im Hinblick auf das Unionsrecht weder den rechtlichen Stellenwert dieser Bekanntmachung noch den des ECN-Kronzeugenregelungsmodells" ändert. In dieser Entscheidung bestätigte der *EuGH* die fehlende Bindungswirkung des ECN-Kronzeugenmodells für nationale Gerichte.¹⁴⁰⁴

Damit muss es (mit Ausnahme des Falls der positiv-rechtlich geregelten beihilferechtlichen "zweckdienlichen Maßnahmen"¹⁴⁰⁵) für nationale Gerichte bei dem Grundsatz bleiben, dass Leitlinien o.ä. auch dann nicht verbindlich (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) sind,¹⁴⁰⁶ wenn – wie etwa bei EU-kartellrechtlichen Leitlinien¹⁴⁰⁷ – vor deren Erlass eine Konsultation der Europäischen Kommission mit Behörden der Mitgliedstaaten stattgefunden hat.¹⁴⁰⁸ Die Gegenauffassung unterläge

¹⁴⁰¹ Vgl. *Stelkens*, EuZW 2005, 299, zu den umfangreichen Problemen, die die mangelnde Regelung dieses Rechtsinstituts mit sich bringt.

¹⁴⁰² *Brohm*, S. 157ff, leitet dies aus *EuGH*, Urt. v. 24. März 1993 - C-313/90, ECLI:EU:C:1993:111 – CIRFS, Rn. 36, ab, wonach sich aus dem dort aus der Verwendung des Wortes "ändern" in der Formulierung "weder ihre objektive Bedeutung noch ihre zwingende Wirkung ändern" ergebe, dass die mitgliedstaatliche Zustimmung hier nicht der (alleinige) Grund für die zwingende Wirkung sei.

¹⁴⁰³ *EuGH*, Urt. v. 20. Januar 2016 – C-428/14, ECLI:EU:C:2016:27 – DHL Express (Italy), Rn. 43.

¹⁴⁰⁴ *EuGH*, Urt. v. 20. Januar 2016 – C-428/14, ECLI:EU:C:2016:27 – DHL Express (Italy), Rn. 38.

¹⁴⁰⁵ S.o. 3.6.6 (ab Seite 225).

¹⁴⁰⁶ So im Ergebnis auch *Dividier*, S. 501f.

¹⁴⁰⁷ *Kallmayer*, S. 679.

¹⁴⁰⁸ *Brohm*, S. 177f; so wohl auch *Stefan*, CPO Antitrust Chronicle, July 2013, 1, 5.

massiven Bedenken der demokratischen Legitimation.¹⁴⁰⁹ Vor der Einführung von Art. 18, 19 VO 659/1999 (heute Art. 22, 23 VO 2015/1589) galt namentlich das Beihilfenrecht als abschreckendes Beispiel für einen Bereich, in dem die Europäische Kommission Druck mittels belastender (formaler) beihilferechtlicher Einzelfallverfahren einsetzte, um die Zustimmung der Mitgliedstaaten zu ihrer Sichtweise in informellen Richtlinien zu erzwingen, wobei insbesondere die fehlende rechtliche Grundlage und letztlich die fehlende Möglichkeit der Mitgliedstaaten für ein Veto gegen diese Leitlinien beklagt wurde.¹⁴¹⁰

(c) Zusammenfassung

Es ergibt sich damit, dass es nationalen Zivilgerichten nicht nur nicht verboten ist, Entscheidungen zu treffen, die Mitteilungen der Europäischen Kommission zuwiderlaufen. Sie dürfen sich vielmehr auf Mitteilungen der Europäischen Kommission nicht verlassen, sondern müssen zu einer eigenen, im Instanzenzug nachprüfaren Entscheidung über die Fragen des relevanten Primär- und Sekundärrecht kommen. Dies gilt auch für solche Mitteilungen, zu denen eine Abstimmung zwischen der Europäischen Kommission und den Mitgliedstaaten außerhalb der positiv-rechtlich geregelten Abstimmungsmechanismen stattgefunden hat.

6.2.3 Orientierungsfunktion

(a) Befassungs- und Begründungspflicht

Eine Pflicht der nationalen Gerichte zu maßgeblicher Berücksichtigung von Mitteilungen scheidet also aus. Dennoch geht von solchem *soft law* eine Indizwirkung aus. Auch wenn eine Vermutung der Richtigkeit nicht besteht, liegt mit einer Mitteilung doch eine Äußerung der *Hüterin der Verträge* und des wettbewerbsrechtlichen *primus inter pares* (bzw. einer ihrer Dienststellen) vor, der damit ein gewisses Gewicht zukommt¹⁴¹¹ und die von den *Unionsgerichten* zwar nicht übernommen werden muss, von diesen aber übernommen werden könnte.¹⁴¹² Mit Blick auf das Loyalitätsgebot kann

¹⁴⁰⁹ Walzel, S. 169; Cannizzaro/Rebasti in Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010, S. 230.

¹⁴¹⁰ Cini, Journal of European Public Policy 2001, 8:2, 192, 198ff; Blauburger, West European Politics, Vol. 32, No. 4 (Juli 2009), 719, 729; dabei gibt es auch Beispiele, in welchen sich die Europäische Kommission dem Druck der Mitgliedstaaten beugen und ihre Leitlinien anpassen musste (Blauburger a.a.O. S. 734).

¹⁴¹¹ EuGH, Schlussanträge d. GA v. 6. September 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:544 – Expedia, Rn. 35ff.

¹⁴¹² EuGH, Schlussanträge d. GA v. 26. Juli 2017 – C-230/16, ECLI:EU:C:2017:603 – Coty Germany GmbH gegen Parfümerie Akzente GmbH Rn. 57: "Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass sich der

man insoweit davon ausgehen, dass den *nationalen* Gerichten eine Pflicht zukommt, sich mit solchem *soft law* zumindest zu befassen¹⁴¹³ und Abweichungen zu begründen.¹⁴¹⁴ Dies entspricht, ausgehend von der *Grimaldi*-Entscheidung, auch der Sichtweise des *EuGH*.¹⁴¹⁵ Für diese Sichtweise sprechen auch Aspekte des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit.¹⁴¹⁶

Eine gesonderte Begründungspflicht entfällt allerdings, soweit das *soft law* (ohnehin vom nationalen Gericht berücksichtigte) Beschlüsse oder Normen nur wiedergibt.¹⁴¹⁷ In vielen Fällen wird eine Berücksichtigung von Mitteilungen auch mangels Sachverhaltsähnlichkeit ausscheiden, denn – anders als bei informellen, fallbezogenen Verwaltungsschreiben – sind Leitlinien o.ä. oft abstrakt-generell formuliert und gerade nicht auf den konkreten Fall zugeschnitten.

Liegt dagegen hohe Sachverhaltsähnlichkeit vor und will das Gericht von der Auffassung der Europäischen Kommission abweichen, kann eine Konsultation mit der

Gerichtshof im Rahmen seiner Aufgabe der Auslegung des Unionsrechts die in diesen Leitlinien enthaltenen Orientierungspunkte und rechtlichen Einschätzungen zu eigen macht."

¹⁴¹³ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 18. Februar 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102 – Kotnik u.a., Rn. 38; *Brohm*, S. 130.

¹⁴¹⁴ Ebenso *Brohm*, S. 131f; *Senden*, *Soft Law in European Community Law*, 2004, 384ff; *Thomas*, *EuR* 2009, 423, 434 bis 438, 441f; *Quigley*, S. 625; *Senden*, *European Law Journal*, Vol. 19, No. 1, 1 January 2013, 55, 62. *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 101ff, 166ff, diskutiert zusätzlich, ob eine (aus dem Loyalitätsgebot abgeleitete) Begründungspflicht der nationalen Gerichte deshalb abzulehnen sei, da sich Art. 4 Abs. 3 EUV nur auf "Verpflichtungen" beziehe, sich aber aus *per se* unverbindlichem *soft law* gerade keine solche Verpflichtung ergebe. Allerdings lehnt der GA diese Auffassung selbst bereits mit dem Argument ab, das Loyalitätsgebot lege keine eigenständige rechtliche Verpflichtung zugrunde. Auf die Besonderheiten des Unionswettbewerbsrechts geht er nicht ein.

¹⁴¹⁵ *EuGH*, Urt. v. 13. Dezember 1989 - C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646 – *Grimaldi*, Rn. 10ff: Hier stellte der *EuGH* klar, dass selbst unverbindlichen Maßnahmen nicht als "*rechtlich völlig wirkungslos*" angesehen werden können. Die innerstaatlichen Gerichte seien "*nämlich verpflichtet, bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten die Empfehlungen zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn diese Aufschluß über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen.*" Hierfür wurde in der *Grimaldi*-Entscheidung aber keine weitere Begründung gegeben. In *EuGH*, Urt. v. 3. September 2014– C-410/13, ECLI:EU:C:2014:2134 – *Baltlanta*, Rn. 64, wurde klargestellt, dass die nationalen Gerichte verpflichtet sind, "*Leitlinien, auch wenn sie keine bindenden Wirkungen entfalten sollen, bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn die Leitlinien Aufschluss über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche Vorschriften des Unionsrechts ergänzen sollen.*" Vgl. auch *Stefan*, *E.L. Rev.* 2012, 37(1), 49, 60f.

¹⁴¹⁶ *Stefan*, *CPO Antitrust Chronicle*, July 2013, 1, 7; *Georgieva*, *European Competition Journal* 2016, 12:1, 54ff.

¹⁴¹⁷ *Walzel*, S. 168.

Europäischen Kommission naheliegen.¹⁴¹⁸ In Betracht kommt auch eine Vorlage beim *EuGH* nach Art. 267 AEUV, die – aufgrund der Unterschiede im Wortlaut von Art. 263 Abs. 1 AEUV und Art. 267 AEUV¹⁴¹⁹ – grundsätzlich auch bei *soft law* möglich ist.¹⁴²⁰ Gegenstand der Vorlage wird dabei allerdings in der Regel ohnehin das einschlägige Primär- oder Sekundärrecht sein und die Auffassung der Europäischen Kommission in der Mitteilung nur der Auslöser der Vorlage.¹⁴²¹ U.U. ist eine solche Vorlage sogar verpflichtend.¹⁴²² In ihrer Orientierungsfunktion gleichen Leitlinien u.ä. daher am ehesten sachverhaltsähnlichen Beschlüssen, wie sie in Kapitel 3 unter der beschriebenen Fallgruppe 3 beschrieben sind.¹⁴²³

(b) Orientierungswirkung vs. *ultra vires*-Mitteilungen

Im Zusammenspiel des Vorstehenden und der Ergebnisse aus dem Unterabschnitt 6.2.2¹⁴²⁴ ergibt sich, dass die nationalen Gerichte – auch wenn einschlägige Mitteilungen vorliegen – zu einer eigene Einschätzung zu den primär- und sekundärrechtlichen Normen des Unionswettbewerbsrechts kommen müssen, dabei aber die Ausführungen der Europäischen Kommission aus den einschlägigen Mitteilungen in Betracht ziehen müssen, ohne dass es einen Zwang zur Befolgung gibt oder sie das Recht der ungeprüften und unbegründeten Übernahme der Position der Europäischen Kommission haben.

Bei der Befassung mit einer Mitteilung der Europäischen Kommission müssen die nationalen Gerichte nicht nur die Position der Europäischen Kommission zum angewendeten Primär- oder Sekundärrecht aus dieser Mitteilung ins Verhältnis zu ihrer eigenen Auffassung setzen, sondern – als vorgelagerte Prüfung – sich auch dazu eine Meinung bilden, ob die Europäische Kommission zum Erlass einer entsprechenden

¹⁴¹⁸ Vgl. *Bunte* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht 2001, Art. 81, Rn. 236.

¹⁴¹⁹ *Rosas* in Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010, S. 310.

¹⁴²⁰ *Senden/van den Brink*, 57f; *Knauff*, EuR 2011, 735ff; *Hofmann*, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 175.

¹⁴²¹ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 106, geht allerdings davon aus, dass ein nationales Gericht auch die "*Gültigkeit einer Empfehlung*" vom *EuGH* prüfen lassen könne; ein solcher Fall sei aber noch nicht vorgekommen.

¹⁴²² *Zuber*, S. 82f, verweist auf *BGH*, Beschl. v. 28. Juni 1983 – KZR 17/82 – in welchem sich der *BGH* an den *EuGH* wandte, weil er der Ansicht der Europäischen Kommission, die sich aus einem formal nicht bindenden Verwaltungsschreiben ergab, nicht folgen wollte.

¹⁴²³ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

¹⁴²⁴ Ab Seite 287, insbesondere Seite 297.

Mitteilung überhaupt befugt war: Oben wurde bereits dargestellt, dass eine Berücksichtigungspflicht nationaler Gerichte bezogen auf Beschlüsse der Europäischen Kommission dort enden muss, wo diese Beschlüsse über die Kompetenz der Europäischen Kommission hinausgehen.¹⁴²⁵ Ebenso kann von einer Mitteilung der Europäischen Kommission keine Orientierungswirkung ausgehen, wenn diese außerhalb der Kompetenzen der Europäischen Kommission erlassen wurde.

Ob sich eine Mitteilung im Rahmen der Befugnisse der Europäischen Kommission zu ihrem Erlass hält oder einen *ultra vires*-Akt darstellt, kann nicht pauschal beantwortet werden, sondern muss für jede Mitteilung gesondert bestimmt werden. Die Frage der Befugnis der Europäischen Kommission zum Erlass von Mitteilungen steht nicht im Fokus dieser Arbeit, weshalb hier nur ein kurzer Überblick geboten wird:

Für den Erlass von Mitteilungen gibt es nur wenige Fälle konkreter, positiv-rechtlicher (sekundärrechtlicher) Ermächtigungen.¹⁴²⁶ Der *EuGH* hatte und hat aber auch ohne solche ausdrücklichen Ermächtigungen keine Bedenken, die Befugnis der Europäischen Kommission zum Erlass von Mitteilungen anzunehmen¹⁴²⁷ und dies abgeleitet aus dem Gedanken der Selbstbindung des eigenen Ermessens, soweit dabei nicht vom Primärrecht abgewichen werde.¹⁴²⁸ Auch in Teilen der Literatur wird die Befugnis der Europäischen Kommission zum Erlass solchen *soft laws* nicht ernsthaft in Frage gestellt¹⁴²⁹ oder (dem *EuGH* folgend) bejaht.¹⁴³⁰ Es sei davon auszugehen, "dass

¹⁴²⁵ S.o. 3.3.3(c) (ab Seite 110).

¹⁴²⁶ Es gibt seltene Ausnahmen wie zuletzt etwa SE-RL, Erwägungsgrund (42) und Art. 16 für Leitlinien zur Schätzung des auf mittelbare Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags. Auch gibt es die Ermächtigung zu Durchführungsvorschriften wie Art. 33 VO 1/2003, die aber durch Verordnungen wie die VO 773/2004 ausgefüllt wurden und nur einen sehr begrenzten Anwendungsbereich haben. Art. 10 VO 1/2003 eignet sich auch nicht als (allgemeine) Rechtsgrundlage für *soft law*; *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 6. September 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:544 – Expedia, Rn. 31.

¹⁴²⁷ *EuGH*, Urt. v. 15. Oktober 1996- C-311/94, ECLI:EU:C:1996:383 - Ijssel-Vliet, Rn. 24ff, dort auf der Grundlage von Art. 93 Abs. 1 EGV (heute Art. 108 Abs. 1 AEUV); *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 18. Februar 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102 – Kotnik u.a., Rn. 38.

¹⁴²⁸ *EuGH*, Urt. v. 5. Oktober 2000 – C-288/96, ECLI:EU:C:2000:537 – Deutschland/Kommission, Rn. 62; *EuGH*, Urt. v. 26. Januar 2017 – C-619/13 P, ECLI:EU:C:2017:50 – Mamoli Robinetteria SpA gegen Europäische Kommission, Rn. 51ff.

¹⁴²⁹ Kallmayer, S. 665: "Die gesetzliche Befugnis der Kommission zum Mitteilungserlass dürfte ... unbestritten sein."; Knauff in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 3. A. 2016, Art. 106 Rn. 114.

¹⁴³⁰ Hofmann, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 156, 158, 160, leitet (mit dem *EuGH*) die Befugnis zum Erlass von *soft law* im Bereich des EU-Wettbewerbsrechts aus dem ihr dort zukommenden Ermessen ("*socio-economic discretion*") und dem Recht, die eigene Organisation selbst zu gestalten, ab, wobei die Grenzen erst erreicht würden, wo versucht würde, durch *soft law* Primär- oder Sekundärrecht zu ändern.

die EU-Organen im Rahmen der ihnen gegebenen Sachkompetenz immer auch zur Abgabe von Empfehlungen und Stellungnahmen befugt sind." ¹⁴³¹ Einseitig gesetztes *soft law* der Europäischen Kommission sei auch durch ein erweitertes Verständnis der Grundsätze von "*good or sound administration*" ¹⁴³² bzw. mit Blick auf Art. 197 AEUV ¹⁴³³ gerechtfertigt. Auch wird vertreten, ¹⁴³⁴ dass der Vertrag von Lissabon *soft law* als Handlungsform nicht habe abschaffen wollen, auch wenn es sich noch immer in einer "*Grauzone*" befände und hinsichtlich der "*rechtlichen Zulässigkeit*" zu unterscheiden sei, wobei "*Empfehlungen*", "*Stellungnahmen*" sowie "*normerläuterndes oder -konkretisierendes Soft Law*" wohl als in der Regel als zulässig anzusehen seien. Teils wird die Rechtsgrundlage für den Erlass von Mitteilungen in Art. 292 S. 4 AEUV ¹⁴³⁵ bzw. Art. 105 und Art. 292 Satz 4 AEUV ¹⁴³⁶ gesehen.

Je nach Inhalt der Mitteilung wird in der Literatur die Befugnisse der Europäischen Kommission zu deren Erlass jedoch in Frage gestellt, etwa im Fall der Ausfüllung der nur sehr knappen Bußgeldvorschriften in Art. 23 VO 1/2003 durch die Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission. ¹⁴³⁷ Die Kritik ist hier, dass sich die Europäische Kommission in solchen Fällen zu einer Art "*Ersatzgesetzgeber*" aufschwingt, ohne dabei die Vorgaben des (im Rahmen von Art. 103, 109 AEUV

Einschränkend Thomas, EuR 2009, 423, 424: "*Da der Erlass von Leitlinien lediglich ein abstrahierter und veröffentlichter Bestandteil der exegetischen Praxis ist, kann eine Kompetenz hierzu nur insoweit bestehen, wie die Kommission für das jeweilige Sachgebiet zuständig und zu der von den Leitlinien betroffenen hoheitlichen Maßnahme ermächtigt ist.*"

¹⁴³¹ Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL August 2014, AEUV Art. 288, Rn. 200f; allerdings ohne spezifischen Bezug auf einen bestimmten Rechtsbereich und ohne *soft law* wie Leitlinien oder Mitteilungen, die die Europäische Kommission aus eigenem Antrieb erlässt, explizit zu erwähnen.

¹⁴³² Hofmann, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 169.

¹⁴³³ Lafrage in Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010, S. 80: Art. 197 AEUV "*constitutionnalise véritablement*" *soft law*.

¹⁴³⁴ Schwarze in Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010, S. 247f, 251.

¹⁴³⁵ Brohm, S. 125ff; Dividier, S. 499. Art. 292 S. 4 AEUV spricht allerdings nur "*Empfehlungen*" an und hatte in "*EWGV und im EGV keinen unmittelbaren Vorläufer*" (Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL August 2014, AEUV Art. 292, Rn. 1), kann also für früheres *soft law* nicht von Bedeutung gewesen sein. Die Stellung der Vorschrift kann zudem bedeuten, dass es sich nicht um eine Kompetenzvorschrift handeln kann (Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 53. EL August 2014, AEUV Art. 292, Rn. 5, 7).

¹⁴³⁶ EuGH, Schlussanträge d. GA v. 6. September 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:544 – Expedia, Rn. 29, 37.

¹⁴³⁷ S.o. Fn. 1318 (Seite 283).

anwendbaren) Art. 290 AEUV¹⁴³⁸ und damit das Demokratieprinzip zu beachten.¹⁴³⁹ Es bestehe die Gefahr eines "*Rechtsformmissbrauchs*".¹⁴⁴⁰ Die Europäische Kommission sehe insoweit in ihrem wettbewerbsrechtlichen *soft law* Regelungen vor, die man – aufgrund ihrer Relevanz und dem Wesentlichkeitsvorbehalt – eher in der VO 1/2003 erwarten würde.¹⁴⁴¹

Für die nationalen Gerichte entscheidend ist: Die Europäische Kommission darf Mitteilungen nicht nutzen, um Regelungen zu schaffen, die dem Wesentlichkeitsvorbehalt unterfallen und daher vom Unionsgesetzgeber selbst geregelt oder auf der Grundlage und im Rahmen des Art. 290 AEUV delegiert werden müssten. Hierauf müssen namentlich die Unionsgerichte achten, aber auch die nationalen Gerichte sind aufgerufen, sich bei Bedenken auf der Grundlage von Art. 267 AEUV an

¹⁴³⁸ Nach Art. 290 Abs. 1 AEUV kann der Europäischen Kommission in "*Gesetzgebungsakten ... die Befugnis übertragen werden, Rechtsakte ohne Gesetzescharakter mit allgemeiner Geltung zur Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften des betreffenden Gesetzgebungsaktes zu erlassen.*" Nimmt die Europäische Kommission dies wahr, wird dies gem. Art. 290 Abs. 3 als "*delegierter Rechtsakt*" bezeichnet. Nach Art. 291 Abs. 2 bis 4 AEUV kann die Europäische Kommission zudem "*Durchführungsrechtsakte*" erlassen, wenn es "*einheitlicher Bedingungen für die Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union*" bedarf und der Europäischen Kommission "*mit diesen Rechtsakten ... Durchführungsbefugnisse übertragen*" werden.

¹⁴³⁹ W. Weiß, EWS 2010, 257ff; vgl. auch W. Weiß, JECLAP 2011, 441ff, Nehl in Immenga/Körber (Hrsg.), S. 117, 125, Stefan, The Modern Law Review, 2012, 879, 888, sowie Senden/van den Brink, 16. Zur fehlenden demokratischen Legitimation siehe bereits Cini, Journal of European Public Policy 2001, 8:2, 192, 194; Hofmann, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 171ff; Ferran/Alexander, 1, 15. Hofmann, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 171, hatte vorgeschlagen, den Bedenken dadurch zu begegnen, dass die Europäischen Kommission formal zum Erlass von Leitlinien ermächtigt wird. Ruffert in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV Art. 288, Rn. 97, vertritt, dass auch für Empfehlungen und Stellungnahmen der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung gilt. Vgl. auch de Bronett, EWS 2017, 181, 189. Vgl. auch EuGH, Schlussanträge d. GA v. 12. Dezember 2017 – C-16/16P, ECLI:EU:C:2017:959 – Belgien, Rn. 93.

¹⁴⁴⁰ Brohm, S. 197ff.

¹⁴⁴¹ W. Weiß, JECLAP 2011, 441, 444, unter Verweis auf die Regelung in Rn. 40 der Leniency-Mitteilung zur Zurückhaltung von Kronzeugen-Informationen. EuGH, Schlussanträge d. GA v. 18. Februar 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102 – Kotnik u.a., Rn. 36f, zur Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen ab dem 1. August 2013 auf Maßnahmen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise („Bankenmitteilung“), ABL C 216 v. 30. Juli 2013, S. 1: "36 Andererseits steht der Kommission in diesem Bereich keine allgemeine Rechtsetzungsbefugnis zu. Nach Art. 109 AEUV ist allein der Rat ermächtigt, auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments alle zweckdienlichen Durchführungsverordnungen zu den Art. 107 AEUV und 108 AEUV zu erlassen. Hierzu kann der Rat bestimmte Regelungsbefugnisse auf die Kommission übertragen. 37 Folglich ist die Kommission nicht befugt, allgemeine und abstrakte bindende Regeln z. B. für die Fälle zu erlassen, in denen Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können, weil sie auf die Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats im Sinne von Art. 107 Abs. 3 Buchst. b AEUV abzielen. Ein solches bindendes Regelwerk wäre nichtig."

den *EuGH* zu wenden, um *ultra vires*-Handeln der Europäischen Kommission zu unterbinden.¹⁴⁴²

(c) Orientierungsfunktion vs. faktische Wirkung

Das hiesige Ergebnis der Analyse des Primärrechts und der entsprechenden jüngeren Rechtsprechung des *EuGH*¹⁴⁴³ hat ergeben, dass bezogen auf Mitteilungen kein Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen der nationalen Gerichte besteht und sich letztere mit solchen Mitteilungen nur befassen müssen. Es hat sich auch ergeben, dass sich die nationalen Gerichte nicht begründungslos auf Mitteilungen der Europäischen Kommission abstützen dürfen, sondern zu einer eigenen, im Instanzenzug überprüfbaren Position kommen müssen.

Dieses Ergebnis steht teilweise im Widerspruch zur Praxis, in der sich viele Rechtsanwender, auch nationale Gerichte mitunter maßgeblich von Mitteilungen der Europäischen Kommission leiten lassen.¹⁴⁴⁴ Dies wird unterstützt von dem Umstand, dass auch mit Blick auf die Befassung der Unionsgerichte mit Mitteilungen teils der Eindruck entsteht, *EuG* und *EuGH* nähmen das Vorhandensein von Mitteilungen als "*Vorwand*" um nicht weiter in die Prüfung des Ermessens der Europäischen Kommission einsteigen zu müssen.¹⁴⁴⁵ Damit besteht die Gefahr, dass Mitteilungen faktisch eine Autorität zugeschrieben wird, die nicht den rechtlichen Vorgaben entspricht.

Vor einem Auseinanderfallen von Rechtslage (nationalen Gerichte müssen und dürfen sich nicht maßgeblich auf Mitteilungen abstützen, sondern müssen zu einer eigenen Beurteilung kommen) und Praxis (maßgebliches, ungeprüftes Zugrundelegen einer Mitteilung durch das nationale Gericht) kann allerdings nur gewarnt werden: Sollten sich Mitteilungen faktisch zu einem (bindenden) Regelungsinstrument der Europäischen Kommission entwickeln, überstiege dies die Kompetenzen der Europäischen Kommission, die sich gerade nicht zu einem Ersatzgesetzgeber aufschwingen darf und begegnete demokratietheoretischen Bedenken.

¹⁴⁴² *Stefan*, The Modern Law Review, 2012, 879, 882; *Hofmann*, Common Market Law Review 43 (2006), 153, 165.

¹⁴⁴³ S.o. 6.2.2 (ab Seite 287).

¹⁴⁴⁴ S.o. 6.1 (ab Seite 276), insbesondere bei Fn. 1323ff ab Seite 284.

¹⁴⁴⁵ *Nehl* in *Immenga/Körber* (Hrsg.), S. 117, 126f, 131; vgl. auch *de Bronett*, EWS 2017, 181ff, bezogen auf die Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission.

Umgekehrt kann die richtige Berücksichtigung des *soft law* im Sinn einer Rückbesinnung auf das *hard law*¹⁴⁴⁶ (also das Primär- und Sekundärrecht) unter bloßer Heranziehung der Auffassung der Europäischen Kommission als ein Stimme unter anderen auch dazu beitragen, die Legalität des *soft law* der Europäischen Kommission in vielen Fällen zu bewahren. Hierzu sind die Unionsgerichte ebenso wie die nationalen Gerichte aufgerufen. Dies ist schon deshalb sinnvoll, da es tatsächlich unwahrscheinlich erscheint, dass das über Jahrzehnte etablierte Instrument des *soft law* von der Europäischen Kommission aufgegeben wird.¹⁴⁴⁷

Die Entwicklung der Rechtsprechung des *EuGH*¹⁴⁴⁸ zeigt allerdings, dass dieser den Stellenwert von *soft law* in Form von Mitteilungen für Rechtsanwender wie nationale Gerichte als äußerst begrenzt ansieht und geht damit in die richtige Richtung.¹⁴⁴⁹ So verstanden ist es Aufgabe der nationalen Gerichte, Mitteilungen keine weitergehende rechtliche Bedeutung zukommen zu lassen, als ihnen das Primärrecht zubilligt.

6.3 Zusammenfassung

Die Europäische Kommission versucht, die Anwendung des Rechts der EU, insbesondere des Wettbewerbsrechts, auch durch Mitteilungen, Leitlinien, Bekanntmachungen und ähnliche Stellungnahmen zu steuern. Diese Instrumente, die

¹⁴⁴⁶ Nehl in Immenga/Körber (Hrsg.), Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, S. 117, 139; aufgegriffen von *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 26. September 2013 – C-295/12 P, ECLI:EU:C:2013:619 – Telefónica SA, Rn. 123, Fn. 61.

¹⁴⁴⁷ Soltész, EuZW 2013, 881: "Das so genannte Soft Law ist aus dem europäischen Recht, insbesondere dem Wettbewerbsrecht, nicht mehr wegzudenken."; Rosas in Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010, S. 323: "At least in the context of the EU, soft law is here to stay." Aus der Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des *BKartA* 2015/2016 (BT-Drs. 18/12760 v. 15. Juni 2017, S. IVff / Rn. 16, 56) kann abgeleitet werden, dass auch diese in (gesetzesbegleitenden) Leitlinien (dort: des *BKartA*) ein sinnvolles Instrument sieht.

¹⁴⁴⁸ Insbes. *EuGH*, Urt. v. 13. Dezember 2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 – Expedia, und *EuGH*, Urt. v. 12. Mai 2011 – C-410/09, ECLI:EU:C:2011:294 – Polska Telefonia. Vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 19. Juli 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570 – Kotnik u.a., Rn. 44: Keine Bindungswirkung der Bankenmitteilung für die Mitgliedstaaten; *EuG*, Beschl. v. 23. November 2015 – T-694/14, ECLI:EU:T:2015:915 – European Renewable Energies Federation (EREF), Rn. 29: Keine Bindung des beihilfenrechtliche Leitlinien; erst das Verwaltungsverfahren könne angreifbare Wirkung erzeugen; ebenso, für die Bankenmitteilung, *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 18. Februar 2016 – C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102 – Kotnik u.a., Rn. 40.

¹⁴⁴⁹ Ähnlich auch *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 27. April 2017 – C-248/16, ECLI:EU:C:2017:322 – Austria Asphalt, Rn. 9, wo bei der Darstellung des rechtlichen Rahmens des Falles ausdrücklich hervorgehoben wird, dass die KMZ wegen ihrer Unverbindlichkeit nicht Teil des rechtlichen Rahmens sei. Ebenso auch *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 6. April 2016 – VI-Kart 9/15 – juris, Rn. 99, Urt. v. 7. April 2016 – 13 U 124/14 – juris, Rn. 48-50, 54; vgl. auch *Knauff*, jM 2018, 71, 72f, 75, mit richtigem Verweis auf *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 18. Januar 2017 – VI-3 Kart 148/15 (V) – juris, Rn. 67ff, bezogen auf Leitlinien der Bundesnetzagentur.

namentlich in der Literatur dem *soft law* zugeordnet werden, haben eine gewisse Selbstbindungswirkung für die Europäische Kommission, wobei Abweichungen im Einzelfall in vielen Fällen als zulässig bzw. sogar als zwingend erscheinen.

Es besteht weitgehende Einigkeit, dass Mitteilungen, Leitlinien, Bekanntmachungen etc. keine Bindungswirkung aufweisen, wie sie Primär- oder Sekundärrecht zukommt. Allerdings ist eine erhebliche faktische Wirkung zu konstatieren. Zudem werden ihnen rechtliche Effekte zugeschrieben.

Die Analyse hat ergeben, dass für nationale Gerichte bezogen auf Mitteilungen der Europäischen Kommission keine Bindungswirkung besteht, d.h. sie dürfen von ihnen abweichen, wenn sie zu einer anderen Bewertung des primär- oder sekundärrechtlichen Unionsrecht kommen, und sie dürfen, wenn sie die Auffassung der Europäischen Kommission in einer Mitteilung teilen, nicht von einer eigenen, im Instanzenzug überprüfbaren Entscheidungsfindung absehen. Die – sich aus dem Primärrecht ergebende – rechtliche Wirkung von Mitteilungen beschränkt sich auf eine Befassungspflicht. Dabei müssen sich die Gerichte nicht nur mit der Auffassung der Europäischen Kommission zum jeweils relevanten Unionsrecht auseinandersetzen, sondern müssen sich auch die Frage stellen, ob die Europäische Kommission zum Erlass entsprechender Mitteilungen überhaupt befugt war. Ergeben sich aus Mitteilungen Zweifel an der Auslegung des Primär- oder Sekundärrechts, kann dies eine Vorlage zum *EuGH* oder eine Konsultation mit der Europäischen Kommission sinnvoll, u.U. notwendig erscheinen lassen.

Die teilweise beobachtete Praxis der Rechtsanwender, Mitteilungen über diese Wirkungen hinaus eine nahezu absolute Autorität zuzuschreiben ist nicht unproblematisch. Die richtige Berücksichtigung des *soft law* im Sinn einer Rückbesinnung auf das *hard law* (also das Primär- und Sekundärrecht) unter bloßer Heranziehung der Auffassung der Europäischen Kommission als ein Stimme, kann auch dazu beitragen, die Legalität von *soft law* der Europäischen Kommission bewahren. Hierzu sind die Unionsgerichte ebenso wie die nationalen Gerichte aufgerufen.

Für die Vorschläge zweckdienlicher Maßnahmen der Europäischen Kommission bezogen auf bestehende Beihilfenregelungen (Art. 108 Abs. AEUV) wurde durch die Einführung von Art. 18, 19 VO 659/1999 (heute Art. 22, 23 VO 2015/1589) erreicht, dass diesen eine Berücksichtigungspflicht zukommt.¹⁴⁵⁰ Für sonstige (informelle)

¹⁴⁵⁰ S.o. 3.6.6 (ab Seite 225).

Abstimmungen zu Mitteilungen zwischen Europäischer Kommission und Mitgliedstaaten kann sich dagegen keine maßgebliche Berücksichtigungspflicht für nationale Gerichte ergeben, da dies Bedenken hinsichtlich der demokratischen Legitimation ausgesetzt wäre.

7. PFLICHTEN VON NATIONALEN ZIVILGERICHTEN UND EUROPÄISCHER KOMMISSION BEI IHRER ZUSAMMENARBEIT

7.1 Einführung

In den vorstehenden Kapiteln hat sich ergeben, dass für die nationalen Gerichte eine Berücksichtigungspflicht von bestehenden und auch von nur beabsichtigten Beschlüssen der Europäischen Kommission ausgeht und auch die Europäische Kommission (wenn auch nicht maßgeblich) Entscheidungen der nationalen Gerichte bei ihrer Beschlussfassung beachten muss. Des Weiteren geht für die nationalen Gerichte von (einschlägigen) Verwaltungsschreiben und Mitteilungen, Leitlinien u.ä. der Europäischen Kommission eine gewisse Orientierungswirkung aus. Wesentliche Basis hierfür ist das Loyalitätsgebot. Dessen Bedeutung beschränkt sich für die Zusammenarbeit von Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten allerdings nicht auf diese Berücksichtigungspflichten. Vielmehr ist in Art. 4 Abs. 3, erster UA EUV eine Verpflichtung zur einer weitergehenden Kooperation angelegt, da dieser vorgibt, dass sich beide Seiten *"gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben"*, achten und unterstützen sollen.¹⁴⁵¹

Das primärrechtliche Loyalitätsgebot verpflichtet die Europäische Kommission, mit den nationalen Gerichten zusammenzuarbeiten.¹⁴⁵² In den Entscheidung *Delimitis / Henninger Bräu*¹⁴⁵³ und *SFEI*¹⁴⁵⁴ nahm der *EuGH* auf der Grundlage des Loyalitätsgebots die Sichtweise ein, dass sich die nationalen Gerichte¹⁴⁵⁵ stets bei der Europäischen Kommission nach dem Stand eines bei ihr geführten Verfahrens erkundigen könnten. Sie könnten zudem bei Fragen der Auslegung des EU-Wettbewerbsrecht Kontakt mit der Europäischen Kommission aufnehmen, wenn *"die konkrete Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 oder des Artikels 86 besondere Schwierigkeiten bereitet"* oder um wirtschaftliche oder rechtliche Auskünfte zu erhalten.

¹⁴⁵¹ S.o. 2.4.2 (ab Seite 62).

¹⁴⁵² *EuGH*, Beschl. v. 13. Juli 1990 – C-2/88 Imm, ECLI:EU:C:1990:315 – Zwartveld, Rn. 17f.

¹⁴⁵³ *EuGH*, Urt. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 - *Delimitis / Henninger Bräu*, Rn. 53; ähnlich *EuGH*, Urt. v. 12. Dezember 1995 – Verbundene Rechtssachen C-319/93, C-40/94 und C-224/94, ECLI:EU:C:1995:433 – *Dijkstra / Friesland*, Rn. 34.

¹⁴⁵⁴ Ebenso *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – *SFEI*, Rn. 50.

¹⁴⁵⁵ Vorbehaltlich des Schutzes des Berufsgeheimnisses, Art. 214 EWGV, heute Art. 339 AEUV und *"nach Maßgabe des einschlägigen nationalen Verfahrensrechts"*.

Diese Lesart des Loyalitätsgebots hat der Gemeinschaftsgesetzgeber im Wesentlichen in das Sekundärrecht für die Bereiche Kartellrecht (Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003) und Beihilfenrecht (heute: Art. 29 Abs. 1 VO 2015/1589) übernommen.¹⁴⁵⁶ Dort ist das Recht der Gerichte formuliert, Informationen im Besitz der Europäischen Kommission zu erbitten. Zudem sollen die Gerichte die Europäische Kommission um Stellungnahmen zur Anwendung des Unionsrechts in den Bereichen Kartell- und Beihilfenrecht bitten dürfen.

Darüber hinaus wurde für beide Rechtsbereiche sekundärrechtlich die Möglichkeit für die Europäische Kommission vorgesehen, vor nationalen Zivilgerichten als *amicus curiae* aufzutreten und dafür entsprechende Dokumente aus den Akten der Gerichte anzufordern (Art. 15 Abs. 3 S. 3 und 4 VO 1/2003;¹⁴⁵⁷ Art. 29 Abs. 2 VO 2015/1589¹⁴⁵⁸).

Nur für den Bereich des Kartellrechts, nicht aber für den Bereich des Beihilfen- oder Fusionskontrollrechts ist zudem die Pflicht der Mitgliedstaaten formuliert, der Europäischen Kommission eine Kopie von Urteilen über die Anwendung von Art. 81 oder 82 EG (heute Art. 101, 102 AEUV) zu übermitteln (Art. 15 Abs. 2 VO 1/2003).

Die hier beschriebenen Pflichten (und Rechte) werden im Folgenden näher beleuchtet und dabei in den weiteren Kontext des Primärrechts gestellt.

7.2 Von den nationalen Gerichten ausgehende Zusammenarbeit

7.2.1 Einführung

Wie vorstehend¹⁴⁵⁹ dargestellt, entnimmt die Rechtsprechung des *EuGH* bereits dem primärrechtlichen Loyalitätsgebot die Möglichkeit der nationalen Gerichte, sich mit Fragen an die Europäische Kommission zu wenden, und hat der Gemeinschafts- bzw. Unionsgesetzgeber dies sekundärrechtlich bestätigt (Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003, Art. 29 Abs. 1 VO 2015/1589). Die Europäische Kommission ermutigt die nationalen Gerichte

¹⁴⁵⁶ Nicht aber in das Fusionskontrollrecht.

¹⁴⁵⁷ Art. 15 Abs. 3 und 4 VO 1/2003 sieht daneben noch die Möglichkeit nationaler Behörden vor, vor den Gerichten als *amicus curiae* aufzutreten.

¹⁴⁵⁸ Anders als bei Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 sieht diese beihilfenrechtliche Regelung vor, dass die Europäische Kommission ihre Stellungnahme ankündigen muss.

¹⁴⁵⁹ S.o. 7.1 (ab Seite 307).

auch zu solchen Anfragen,¹⁴⁶⁰ die auch als "*kleine Vorlageverfahren*"¹⁴⁶¹ bezeichnet werden.

Nun ist ein bloßes Fragerecht der nationalen Gerichte mit Blick auf die eindeutig formulierte Kooperationspflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV nicht überraschend. Entscheidend ist vielmehr, unter welchen Umständen nationale Gerichte zu einer entsprechenden Anfrage *verpflichtet* sind. Diese Frage beantworten Art. 15, 16 VO 1/2003 und Art. 28 VO 2015/1589 nicht¹⁴⁶² und ist daher im Folgenden im Wesentlichen auf der Grundlage des Primärrechts zu klären (7.2.2). Entscheidend ist darüber hinaus, ob die Europäische Kommission zu einer Antwort verpflichtet ist (7.2.3). Schließlich stellt sich die Frage nach der Pflicht der nationalen Gerichte, entsprechende Antworten der Europäischen Kommission bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (7.2.4).

7.2.2 Pflicht der nationalen Gerichte zur Konsultation mit der Europäischen Kommission

(a) Grundlagen einer Konsultationspflicht

In der Literatur wird teilweise angenommen, eine Konsultation mit der Europäischen Kommission stehe grundsätzlich im Ermessen der nationalen Gerichte.¹⁴⁶³ Es hat sich allerdings bereits oben¹⁴⁶⁴ ergeben, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit das Ziel einer gleichförmigen Beurteilung gleicher Sachverhalte (und verstärkt: der selben Sachverhalte) vorgibt, da dies zur Stabilität der Rechtsbeziehungen zwischen den

¹⁴⁶⁰ Nach BZKG101/102, Rn. 21, sollen sich die nationalen Gerichte nach dem Verfahrensstand erkundigen können. In der BZKGBei, Rn. 13, 83, 89ff, hebt die Europäische Kommission hervor, "*die einzelstaatlichen Gerichte*" könnten, soweit sie sich nicht sicher sind, "*ob eine staatliche Beihilfe vorliegt*", "*die Kommission ... um eine Stellungnahme ersuchen*." Ebenso könne ein nationales Gericht bei der Europäischen Kommission anfragen, "*wenn es Zweifel an der Anwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung oder einer bestehenden bzw. genehmigten Beihilferegelung hat*". Auch könnten die Gerichte "*beispielsweise ... die Übermittlung*" von "*Informationen*" über "*laufende[s] Verfahren der Kommission*", insbesondere den Verfahrensstatus (z.B. "*ob die Kommission ein förmliches Prüfverfahren eingeleitet hat und ob sie bereits eine Entscheidung getroffen hat*") und die "*Übermittlung von Unterlagen*" bitten, die sich im Besitz der Europäischen Kommission befinden, bspw. "*noch nicht auf der Website der Kommission veröffentlichten Kommissionsentscheidungen sowie Sachangaben, Statistiken, Marktstudien und wirtschaftliche Analysen*".

¹⁴⁶¹ A. Grimm, S. 186.

¹⁴⁶² Auf etwaige Besonderheiten der SE-RL wird im Folgenden unter 7.2.2(b) (ab Seite 313) eingegangen.

¹⁴⁶³ Sura in Langen/Bunte, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 4; A. Grimm, S. 186; Weitbrecht, EuZW 2016, 281, 282.

¹⁴⁶⁴ S.o. 3.3.2(a) (ab Seite 80).

Wirtschaftsteilnehmern und damit zu einem stabilen Fundament für die Wirtschaft im Binnenmarkt (und den einzelnen Mitgliedstaaten) beiträgt. Art. 4 Abs. 3 EUV gebietet den Mitgliedstaaten das Unterlassen aller Maßnahmen, "*die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten*" und das Ergreifen aller Maßnahmen zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen. Die Mitgliedstaaten haben zudem bereits im EWGV der Europäischen Kommission eine zentrale Rolle beim Vollzug des EU-Wettbewerbsrechts zugeschrieben, dies in den verschiedenen Stadien der Entwicklung bis hin zum AEUV nicht verändert¹⁴⁶⁵ und damit ihre Entwicklung hin zu einer zentralen Behörde mit starker personellen Besetzung im juristisch-ökonomischen Bereich und großen Sachverstand unterstützt. Art. 17 EUV hebt die Rolle der Europäischen Kommission als Hüterin der Verträge hervor.

Wie ebenfalls oben bereits dargestellt, lässt sich hieraus die Pflicht der nationalen Gerichte ableiten, auch nur beabsichtigte Beschlüsse der Europäischen Kommission maßgeblich (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) zu berücksichtigen¹⁴⁶⁶ und sich an informellen Verwaltungsschreiben¹⁴⁶⁷ sowie Leitlinien. Mitteilungen o.ä.¹⁴⁶⁸ der Europäischen Kommission zumindest zu orientieren. Dem Loyalitätsgebot in seiner "*Konfliktvermeidungsfunktion*"¹⁴⁶⁹ können die nationalen Gerichte dabei gerecht werden, wenn sie – abweichend von den Prinzipien des kontradiktorischen Verfahrens – von sich aus auf die Entwicklung bei der Europäischen Kommission achten und bei Unklarheiten (etwa über den Status eines Verfahrens bei der Europäischen Kommission) in einen Konsultationsprozess mit dieser eintreten. Unterstützt wird dieser Befund durch den *effet utile*-Gedanken bezogen auf das materielle EU-Wettbewerbsrecht.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die nationalen Gerichte (als funktionale Unionsgerichte) nicht der Europäischen Kommission untergeordnet sind und ohne eine hinreichende Absicht der Europäischen Kommission, zu einer Entscheidungsfindung zu kommen, auch keine Berücksichtigungspflicht im Sinne

¹⁴⁶⁵ S.o. 3.3.2(c) (ab Seite 92).

¹⁴⁶⁶ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

¹⁴⁶⁷ S.o. 5.2 (ab Seite 266).

¹⁴⁶⁸ S.o. 6.2 (ab Seite 285).

¹⁴⁶⁹ Klamert, EuZW 2017, 131, 135.

einer Übernahme der Auffassung der Europäischen Kommission besteht.¹⁴⁷⁰ Eine Konsultation mit der Europäischen Kommission ist für die nationalen Gerichte zudem in der Regel ein aufwändiger Vorgang, der im nationalen Verfahrensrecht nicht oder nur begrenzt abgebildet ist und zu einer Verzögerung des gerichtlichen Verfahrens führt. Eine solche ist nicht im Sinn des Art. 47 Abs. 2 S. 1 ChartaGR soweit dort ein Beschleunigungsgebot vorgesehen und eine zügige und effiziente Verfahrensführung verlangt ist¹⁴⁷¹ und kann auch einer effektiven Durchsetzung des Unionsrechts entgegenstehen. Zwar lässt sich auch argumentieren, dass die Beschlusslage bei der Europäischen Kommission Teil der Gestalt des Sekundärrechts ist und – nach dem Rechtsspruchwort *iura novit curia* – (nur) dem Richter die Verpflichtung zukommt (auch im kontradiktorischen Zivilverfahren) das anwendbare Recht zu ermitteln.¹⁴⁷² Allerdings garantiert Art. 47 Abs. 1 ChartaGR auch eine unabhängiges und unparteiisches Gericht und kann schon der bloße Anschein von fehlender Unparteilichkeit problematisch sein.¹⁴⁷³

Daher ist wie folgt zu differenzieren.

Soweit bereits eine ausreichende Absicht der Europäischen Kommission zu einem Beschluss feststeht,¹⁴⁷⁴ darf das nationale Gericht zuwiderlaufende Entscheidungen nicht treffen. Hier kann – soweit ein schlichtes Abwarten keine Option ist – für das nationale Gericht eine Konsultation mit der Europäischen Kommission geboten sein, um die Verpflichtung aus dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV zu erfüllen.¹⁴⁷⁵

Soweit eine ausreichende Absicht der Europäischen Kommission nicht (sicher) erkennbar ist, ist nach hier vertretener Auffassung weiter zu differenzieren. Eine Verpflichtung der nationalen Gerichte, sich ohne jeglichen Hinweis darauf, dass sich

¹⁴⁷⁰ S.o. 2.3 (ab Seite 29), 3.3.4 (ab Seite 144), 5.2 (ab Seite 266).

¹⁴⁷¹ *Jarass* in *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 47 Rn. 41; ähnlich, mit Verweis auf Verfahrensschutz nach dem GG, *Kühne*, S. 223.

¹⁴⁷² *Kühne*, S. 195ff; 328.

¹⁴⁷³ *Kühne*, S. 219f, 328; *EGMR*, Urt. v. 17. Januar 1970 – 2689/65 – *Delcourt vs. Belgien*, Rn. 31.

¹⁴⁷⁴ S.o. 3.3.3(e) (ab Seite 119).

¹⁴⁷⁵ *BGH*, Urt. v. 9. Februar 2017 – I ZR 91/15 – juris, Rn. 46, 47. Soweit auch nach einer solchen Konsultation ein für das nationale Gericht unauflösbarer Widerspruch zwischen seiner Position und der der Europäischen Kommission besteht, ist Vorabentscheidungsverfahren durchzuführen; *BGH* a.a.O., s.o. bereits ausführlich 3.3.3(f) (ab Seite 136).

die Europäische Kommission mit demselben Sachverhalt befasst, mittels einer Konsultation an die Europäische Kommission zu wenden, um deren Positionierung zu erfahren, widerspräche nicht nur dem Gedanken der Verfahrenautonomie der Gerichte, welche zur selbständigen Anwendung des Unionsrechts aufgerufen sind, sondern wäre auch einer effektiven Durchsetzung des Unionswettbewerbsrechts nicht förderlich und liefe gegen das Beschleunigungsgebot des Art. 47 Abs. 2 S. 1 ChartaGR, da es in jedem Gerichtsverfahren, in welchem dieses Recht zur Anwendung käme, standardmäßig zu Verzögerungen käme.

Soweit dem Gericht allerdings Informationen vorliegen, dass sich der Meinungsbildungsprozess bei der Europäischen Kommission zu einer Absicht verdichtet haben könnte, wird das Gericht schon aus der Loyalitätspflicht heraus zu einer weiteren Aufklärung gehalten sein, ob eine ausreichende Absicht zu einem Beschluss vorliegt.¹⁴⁷⁶

Schließlich besteht eine Konsultationspflicht, wenn bereits ein Beschluss der Europäischen Kommission vorliegt, aber etwa über die Frage der Sachverhaltsidentität¹⁴⁷⁷ oder dessen Grundlagen, Reichweite¹⁴⁷⁸ oder Richtigkeit¹⁴⁷⁹ Zweifel bestehen,¹⁴⁸⁰ etwa wenn das Gericht davon ausgeht, dass sich der Sachverhalt nach dem Beschluss der Europäischen Kommission maßgeblich geändert hat.¹⁴⁸¹

¹⁴⁷⁶ S.o. 3.3.3(e)(ix) (ab Seite 131) und 3.3.4 (ab Seite 144), Fallgruppe 4 für alle Bereiche des Unionswettbewerbsrechts. Vgl. für das Fusionskontrollrecht zusätzlich 3.7.2(f) (ab Seite 238) wenn ein nationales Gericht über Art. 7 Abs. 4 FKVO entscheiden muss, aber keine Anmeldung der Zusammenschlussparteien und auch keine Beschluss der Europäischen Kommission vorliegt und 3.7.2(k)(ii) / (l) (ab Seite 244) wenn Unklarheiten bestehen, ob einer auflösende oder aufschiebende Bedingung einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe eingetreten ist. Vgl. *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 16, Rn. 12 ("Prozesspflicht"); *Europäische Kommission*, BZKG101/102, Rn. 12: "... kann das einzelstaatliche Gericht bei der Kommission anfragen, ... wie wahrscheinlich eine Entscheidung ist". I.E. ebenso *Schmidt* in *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 15 Rn. 93.

¹⁴⁷⁷ S.o. 3.3.3(b) (ab Seite 108), 3.4.3(c) (ab Seite 168).

¹⁴⁷⁸ Z.B. zur Frage, ob der Beschluss zur Abweisung einer Beschwerde aufgrund von Opportunitätsgründen oder aufgrund materiell-rechtlicher Überlegungen erfolgte, s.o. 3.5.7 (ab Seite 204), oder zur Frage der Reichweite einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe, s.o. 3.7.2(g) (ab Seite 240).

¹⁴⁷⁹ Z.B. wenn die Richtigkeit der Einstufung einer Maßnahme als Beihilfe in Frage steht, s.o. 3.6.2 (ab Seite 216), oder das nationale Gericht nach Einleitung von Phase II im Fusionskontrollverfahren Zweifel an der Anwendbarkeit der FKVO hat, s.o. 3.7.2(d) (ab Seite 235).

¹⁴⁸⁰ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), Fallgruppen 1 und 2; 3.7.2(g) (ab Seite 240).

¹⁴⁸¹ *EuGH*, Urt. v. 15. September 2015 – C-574/14, ECLI:EU:C:2016:686 – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S. A. gegen Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Rn. 38 bis 41; *Kreße*, WRP 2017, 663, 667.

Gleiches gilt beim Vorliegen eines informellen Verwaltungsschreibens¹⁴⁸² oder einer Mitteilung¹⁴⁸³ der Europäischen Kommission, soweit Sachverhaltsidentität oder hinreichende Sachverhaltsähnlichkeit besteht und die Umstände (z.B. Vorbehalte im Verwaltungsschreiben bzw. der Mitteilung) keinen Raum zur Abweichung geben. In diesen Fällen ist in der Regel, bei Fragen zur Gültigkeit und Auslegung des Unionsrechts, alternativ der Weg über Art. 267 AEUV zum *EuGH* eröffnet oder gar verpflichtend. Allerdings liegt in Fällen, in dem das Gericht ein Abweichen von *soft law* in Form einer Mitteilung erwägt, die Pflicht zur Konsultation oder einer Vorlage beim *EuGH* nicht ganz so nahe, da einer solchen Mitteilung in der Regel geringere Autorität zukommt, da diese oft abstrakt formuliert ist und daher oft weniger genau zum betrachteten Sachverhalt passt.

(b) Sachverhaltsermittlung und Antragsrecht

Aus dem Primärrecht ergibt sich die oben dargestellte Verpflichtung der nationalen Gerichte, die Beurteilung der Europäischen Kommission bei Sachverhaltsidentität oder hinreichender Sachverhaltsähnlichkeit (je nach Umständen) zu berücksichtigen. Es lässt sich zudem – wie dargestellt – argumentieren, dass es dem Loyalitätsgebot i.V.m. dem Gedanken der Rechtssicherheit entspricht, wenn ein von der Europäischen Kommission ausermittelter und einem bestandskräftigen Beschluss tragend zugrunde gelegter Sachverhalt von den Zivilgerichten (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) maßgeblich berücksichtigt wird, da damit der Konfliktvermeidungsfunktion des Loyalitätsgebots entsprochen wird.¹⁴⁸⁴ Insoweit kann, bei Unklarheiten über die Reichweite der Sachverhaltsermittlung bzw. die Sachverhaltsidentität/-ähnlichkeit, eine Konsultation mit der Europäischen Kommission naheliegen oder gar verpflichtend sein.¹⁴⁸⁵

Außerhalb von bestehenden Beschlüssen allerdings können – schon aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes¹⁴⁸⁶ – Sachverhaltsermittlungen der Europäischen Kommission bei der Entscheidungsfindung der nationalen Zivilgerichte nicht

¹⁴⁸² S.o. ausführlich 5.2.3 (ab Seite 272).

¹⁴⁸³ S.o. 6.2.3 (ab Seite 297).

¹⁴⁸⁴ S.o. 3.3.2(b) (ab Seite 85), 3.3.2(c)(i) (ab Seite 92), 3.3.3(c) (ab Seite 110).

¹⁴⁸⁵ S.o. bei Fn. 1477 (ab Seite 312).

¹⁴⁸⁶ S.o. 3.3.3(a)(ii) (ab Seite 102); 3.4.3(d) (ab Seite 170).

maßgeblich zugrunde gelegt werden und muss es – den Grundsätzen des kontradiktorischen Verfahrens folgend – dabei bleiben, dass das Gericht auf der Grundlage des Vortrags der Parteien, ggf. im Rahmen der Beweisstation, den Sachverhalt selbst ermittelt.

Zwar lässt sich argumentieren, dass eine Sachverhaltsermittlung durch ein nationales Zivilgericht mittels Konsultation bei der Europäischen Kommission, insbesondere bei Schadensersatzverfahren auf der Grundlage des Unionswettbewerbsrechts, zu dessen Effektivität beitragen kann. Mit Blick auf die Grundsätze eines fairen Verfahrens (Art. 47 ChartaGR) ist im Primärrecht allerdings (auch) für das Zivilverfahren ein ausgeglichenes Verhältnis von Angriffs- und Verteidigungsmitteln angelegt und liegt es damit nicht unbedingt nahe, bereits aus dem Primärrecht eine Verschiebung zu Gunsten der Verfahrensrechte der Angreifers abzuleiten. So hatte auch der *EuGH* vor Erlass der VO 1/2003 bzw. der Einführung des heutigen Art. 29 VO 2015/1589 entschieden, dass das Fragerecht der nationalen Gerichte nur dann gelten soll, wenn sich dies "*mit den nationalen Verfahrensbestimmungen vereinbar erweist*".¹⁴⁸⁷ Entsprechend ging der Unionsgesetzgeber bei der Schaffung der SE-RL davon aus, dass sekundärrechtlicher Handlungsbedarf besteht.¹⁴⁸⁸

Damit kann primärrechtlich keine Verpflichtung der nationalen Zivilgerichte, die im kontradiktorischen Verfahren entscheiden, bestehen, sich hinsichtlich der Sachverhaltsermittlungen bei der Europäischen Kommission Informationen einzuholen.

Hieran haben die VO 1/2003 und die beihilfenrechtlichen Verfahrensverordnungen, heute VO 2015/1589, nichts geändert: Im Gesetzgebungsverfahren zur Schaffung des Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 war umstritten, ob ein Informationsrecht der Gerichte im Widerspruch zu den Grundsätzen des kontradiktorischen Verfahrens steht.¹⁴⁸⁹ Nach hier vertretener Auffassung war aber mit Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 und den später ebenso gestalteten Art. 23a Abs. 2 VO 659/1999 (heute Art. 29 Abs. 2 VO 2015/1589) ein Eingriff in die durch nationales Recht vorgegebene Verteilung von Darlegungs- und Beweislast, Parteivortrag und Amtsermittlung schon nicht gewollt.¹⁴⁹⁰ So heißt es in

¹⁴⁸⁷ *EuGH*, Urt. v. 12. Dezember 1995 – Verbundene Rechtssachen C-319/93, C-40/94 und C-224/94, ECLI:EU:C:1995:433 – Dijkstra / Friesland, Rn. 36; *EuGH*, Urt. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 - Delimitis / Henninger Bräu, Rn. 53.

¹⁴⁸⁸ SE-RL, Erwägungsgrund (15).

¹⁴⁸⁹ *Bartels*, S. 101f.

¹⁴⁹⁰ Ähnlich wohl auch *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 19, 20, 25, der einerseits von einer "*Ermächtigung*" (allerdings nicht von einer Verpflichtung) "*für das nationale Gericht*", v.A.w. an die Europäische Kommission heranzutreten spricht, aber klarstellt, dass nach seiner Ansicht das

Erwägungsgrund (21) der VO 1/2003, dass die *"einzelstaatlichen Gerichte die Möglichkeit erhalten"* sollen, *"sich an die Kommission zu wenden, um Informationen oder Stellungnahmen zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft zu erhalten."* Dies lässt nicht darauf schließen, dass im kontradiktorischen Verfahren vor dem Zivilgerichten nunmehr ein Amtsermittlungsgrundsatz bezogen auf den Sachverhalt gelten sollte. Dieser Befund wird verstärkt durch den Abschluss des Erwägungsgrund (21), der – allerdings ohne genauer Zuordenbarkeit¹⁴⁹¹ – hervorhebt, dass *"diese Stellungnahmen ... im Einklang mit den einzelstaatlichen Verfahrensregeln und Gepflogenheiten, einschließlich derjenigen, die die Wahrung der Rechte der Parteien betreffen, erfolgen"* sollen. Hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber einen Eingriff in die Verfahrensrechte der Parteien gewollt, hätte er dies hervorheben müssen. Stattdessen hat der Unionsgesetzgeber den Grundsatz in den Erwägungsgründen (37) und (38) zur VO 2015/1589 wiederholt.¹⁴⁹²

Damit ergibt sich folgendes Ergebnis: Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 und Art. 29 Abs. 1 VO 2015/1589 mögen den Gerichten zwar das *Recht* geben, sich bei der Europäischen Kommission Informationen und Stellungnahmen einzuholen.¹⁴⁹³ Das durch nationales Recht gebildete Gefüge von Darlegungs- und Beweislast, Parteivortrag und Amtsermittlung wird dadurch aber nicht verändert.¹⁴⁹⁴ Damit kann das Gericht zwar jederzeit *"rechtliche Stellungnahmen"* einholen, aber *"Informationen über Tatsachen, insbes. über Marktverhältnisse, von der Kommission"* nur soweit verfahrensrechtlich vorgesehen anfordern.¹⁴⁹⁵ Die sekundärrechtlichen Vorschriften geben den Parteien keine zusätzlichen Rechte.¹⁴⁹⁶

Weder das Primärrecht, noch Art. 15 VO 1/2003 bzw. Art. 29 VO 2015/1589 greifen zudem insoweit in das kontradiktorische Verfahren ein, als dass den Zivilgerichten die

"Gemeinschaftsrecht ... von den nationalen Gerichten nicht die Aufgabe ihrer passiven Rolle in den vom Beibringungsgrundsatz geprägten nationalen Verfahren" fordert.

¹⁴⁹¹ Gemeint sein könnten auch nur die proaktiven Stellungnahmen der Europäischen Kommission.

¹⁴⁹² Hier hebt der Unionsgesetzgeber ebenso hervor, dass *"Stellungnahmen der Kommission ... im Einklang mit den einzelstaatlichen Verfahrensregeln und Gepflogenheiten, einschließlich derjenigen, die die Wahrung der Rechte der Parteien betreffen, erfolgen"* sollen.

¹⁴⁹³ So Nothdurft in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 10.

¹⁴⁹⁴ A. Grimm, S. 238ff. So im Ergebnis, allerdings ohne vertiefte Auseinandersetzung, auch Bartels, S. 118f, sowie Bechtold/Bosch, GWB, § 90a, Rn. 6.

¹⁴⁹⁵ Bechtold/Bosch, GWB, § 90a, Rn. 6. Ebenso A. Grimm, S. 238ff, die insbesondere die Aufrechterhaltung des Beibringungsgrundsatzes hervorhebt.

¹⁴⁹⁶ So auch Wright, S. 137.

Möglichkeit gegeben wäre, die Regelungswirklichkeit dadurch zu verändern, dass sie v.A.w. einen bestimmten Beschluss bei der Europäischen Kommission beantragen. *Divivier*¹⁴⁹⁷ hält es zwar – allerdings ohne Begründung – für möglich, dass ein nationales Gericht, welches die freistellende Wirkung einer GVO "*in dem ihm vorliegenden Einzelfall für mit Art. 101 Abs. 3 AEUV für unvereinbar hält*" statt einer Vorlage beim EuGH nach Art. 267 AEUV die "*Kommission gem. Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 ... informieren oder der benachteiligten Partei eine auf die Entziehung des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung gerichtete Beschwerde bei der Kommission*" ermöglichen kann. Hierzu erteilt das EU-Recht den Gerichten allerdings gerade keine Befugnis. Das Fragerecht nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 bzw. Art. 29 Abs. 1 VO 2015/1589 richtet sich auf Stellungnahmen und Informationen, nicht aber das Recht einen Beschluss der Europäische Kommission zu beantragen oder auch nur anzuregen. Letzteres ist im kontradiktorischen Verfahren Sache der Parteien.

Eine sekundärrechtliche Neuerung ergibt sich allerdings aus Art. 5, 6 SE-RL i.V.m. Erwägungsgrund (15). Danach müssen es die Mitgliedstaaten den nationalen Gerichten ermöglichen, auf (ausreichend begründeten) Antrag eines Klägers in einem Schadensersatzprozess auf der Grundlage von Unionskartellrecht die Offenlegung von Beweismitteln anzuordnen und dies auch gegenüber der Europäischen Kommission. Allerdings ist vorgesehen, dass die nationalen Gerichte vor Anordnung eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vornehmen;¹⁴⁹⁸ die Anordnung kann gerichtlicher Überprüfung unterliegen.¹⁴⁹⁹ Aus Erwägungsgrund (15) der SE-RL ergibt sich, dass damit den Schadensersatzklägern ein "*Recht*" eingeräumt werden soll, die

¹⁴⁹⁷ *Divivier*, S. 355f.

¹⁴⁹⁸ Vgl. SE-RL, Erwägungsgründe (15), (16), (18), (23) bis (33).

¹⁴⁹⁹ SE-RL, Erwägungsgrund (19).

Offenlegung relevanter Beweismittel zu erwirken. Damit legt es die SE-RL an, dass sich die *Möglichkeit* einer Offenlegungsanordnung des nationalen Gerichts gegenüber der Europäischen Kommission auf der Grundlage nationalen Rechts zu einer *Verpflichtung* hierzu verdichtet.

(c) Exkurs: Keine Abkehr vom kontradiktorischen Verfahren durch spezielle Regeln deutschen Rechts

Nach deutschem Zivilprozessrecht (§ 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) kann das Gericht (v.A.w.) "*Behörden oder Träger eines öffentlichen Amtes um Mitteilung von Urkunden oder um Erteilung amtlicher Auskünfte ersuchen*", was auch ein Ersuchen an die Europäische Kommission erfasst,¹⁵⁰⁰ wobei allerdings der Amtsermittlungsgrundsatz im kontradiktorischen Verfahren nur eingeschränkt gilt¹⁵⁰¹ und der Verhandlungs- und Neutralitätsgrundsatz gerade nicht angetastet wird.¹⁵⁰² Nichts anderes gilt für den neuen § 89c GWB,¹⁵⁰³ welcher – in Umsetzung der SE-RL – nur auf Antrag einer Partei die Möglichkeit (aber nicht die Pflicht¹⁵⁰⁴) der nationalen Zivilgerichte eröffnet, die Offenlegung von Behördenakten bei der Europäischen Kommission anzufragen.¹⁵⁰⁵ Eine pure Möglichkeit und keine Abkehr vom kontradiktorischen Verfahren ist auch in § 358a Nr. 2 ZPO zu sehen, wonach "*amtliche Auskünfte*" und nach § 432 ZPO Urkunden im Besitz einer Behörde Gegenstand eines Beweisantrags und -beschlusses sein können, was auch die Europäische Kommission als Behörde erfassen soll.¹⁵⁰⁶

¹⁵⁰⁰ Zuber, S. 109.

¹⁵⁰¹ Zuber, S. 116ff, und A. Grimm, S. 238ff, wo diese jeweils auch der Frage der Verwertbarkeit der Angaben der Europäischen Kommission nach deutschem Zivilprozessrecht weiter nachgehen. Bartels, S. 193f, geht dagegen von einer großzügigen Auslegung der Möglichkeiten des Zivilgerichte aus, v.A.w. Informationen bei der Europäischen Kommission einzuholen.

¹⁵⁰² Greger in Zöller, ZPO, § 273, Rn. 3.

¹⁵⁰³ Dieser wird unten unter 7.2.3(e) (ab Seite 338) näher vorgestellt.

¹⁵⁰⁴ Klumpe/Thiede, NZKart 2017, 332, 338; Seifert, NZKart 2017, 512, 515, sieht bei Vorliegen der Voraussetzungen nur einen sehr eingeschränkten Ermessensspielraum der Gerichte.

¹⁵⁰⁵ Soweit § 89c Abs. 3 GWB darüber hinaus die Möglichkeit erwähnt, "*amtliche[r] Auskünfte von der Wettbewerbsbehörde*" einzuholen ist dies dort nicht als zusätzliche Ermächtigung, sondern im Gegenteil, als Einschränkung dieser (sich aus § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ergebenden) Möglichkeit auf Fälle der Verhältnismäßigkeit dieser Anfrage gestaltet. Selbst wenn man mit Seifert, NZKart 2017, 512, 522, annähme, dass die Parteien ein solches Ersuchen beantragen könnten, änderte dies nichts am Befund, dass eine Abkehr vom kontradiktorischen Verfahren hier nicht gewollt ist.

¹⁵⁰⁶ So auch Zuber, S. 117.

Für das deutsche Recht könnte eine Sonderregelung, die den Amtsermittlungsgrundsatz für die Zivilgerichte ausweitet, § 90a Abs. 3 GWB zu entnehmen sein, der seinem Wortlaut nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 nachgebildet ist und damit den nationalen Gerichten die Möglichkeit einräumt, "*die Europäische Kommission um die Übermittlung ihr vorliegender Informationen oder um Stellungnahmen zu Fragen bitten*".¹⁵⁰⁷ Allerdings folgt § 90a Abs. 3 GWB nach der Gesetzesbegründung nur Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003,¹⁵⁰⁸ ist daher nicht als weitergehende Regelung zu verstehen und formuliert zudem nur eine Möglichkeit der nationalen Gerichte, nicht aber eine Pflicht. Eine Modifikation des kontradiktorischen Verfahrens ist in der Norm daher nicht zu sehen.¹⁵⁰⁹ Damit ist auch nicht zu erkennen, dass deutsche Zivilgerichte nach deutschem Recht befugt wären, von sich aus bei der Europäischen Kommission einen bestimmten Beschluss zu beantragen.¹⁵¹⁰

(d) Zusammenfassung

Bei der Antwort auf die Frage, ob die nationalen Zivilgerichte eine Pflicht zu einer Konsultation mit der Europäischen Kommission trifft, ist zu differenzieren. Bestehen Anzeichen für eine hinreichende Absicht zu einem Beschluss, kann dies eine Konsultationspflicht auslösen. Gleiches gilt, soweit es Fragen zu den Grundlagen, der Reichweite und der Richtigkeit eines Beschlusses gibt, wobei hier bei Frage der Auslegung und Gültigkeit alternativ auch der EuGH nach Art. 267 AEUV angerufen werden kann bzw. muss. Gleiches gilt beim Vorliegen von informellen Verwaltungsschreiben oder Mitteilungen, aus denen sich ergibt, dass die Europäische Kommission eine konkrete Situation anders bewertet als das nationale Gericht.

Eine Konsultationspflicht der nationalen, im kontradiktorischen Verfahren entscheidenden Zivilgerichte zur Sachverhaltsermittlung besteht, da dies gegen die Grundsätze des kontradiktorischen Verfahrens verstieße, grundsätzlich nicht. Einzig die SE-RL legt es für ihren Anwendungsbereich an, dass sich die *Möglichkeit* einer Offenlegungsanordnung des nationalen Gerichts gegenüber der Europäischen Kommission im nationalen Recht zu einer *Verpflichtung* hierzu verdichtet.

¹⁵⁰⁷ § 90a Abs. 3 S. 2 GWB regelt, dass das "*Gericht ... die Parteien über ein Ersuchen nach Satz 1*" unterrichtet und "*diesen und dem Bundeskartellamt eine Kopie der Antwort der Europäischen Kommission*" übermittelt.

¹⁵⁰⁸ BT-Drs. 15/3640 v. 7. Juni 2004, S. 70; *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, GWB § 90a, Rn. 2 bis 4.

¹⁵⁰⁹ *Bechtold/Bosch*, GWB, § 90a, Rn. 6; vgl. auch *Voss* in KöKo § 35 - § 131 GWB, § 90a, Rn. 8.

¹⁵¹⁰ S.o. Seite 316 (bei Fn. 1497).

Der deutsche Gesetzgeber hat eine solche Verpflichtung der Gerichte allerdings nicht vorgesehen.

7.2.3 Pflicht der Europäischen Kommission, auf eine Anfrage eines nationalen Gerichts zu antworten

(a) Grundlagen und Grenzen

Ob sich die Europäische Kommission selbst verpflichtet sieht, auf Anfragen nationaler Gerichte zu antworten, ist unklar. Tatsächlich scheint sie Anfragen von Gerichten im Einzelfall abzulehnen, insbesondere von unteren Instanzen.¹⁵¹¹ Die deutsche¹⁵¹² und englische¹⁵¹³ Sprachfassung der BZKGBei (Rn. 81) könnte die Auffassung der Europäischen Kommission suggerieren, sie erbringe die Kooperation nur auf freiwilliger Basis, während die französische Fassung¹⁵¹⁴ nur zum Ausdruck bringt, dass es keinen Zwang *für die Gerichte* gibt, die Angebote der Kooperation der BZKGBei wahrzunehmen. Dies wird unterstützt durch Rn. 77/82 der BZKGBei, in der von einer Verpflichtung der Europäischen Kommission die Rede ist. Tatsächlich ist es kaum denkbar, dass die Europäische Kommission eine Pflicht zu einer Antwort prinzipiell ablehnt. Zumindest die Pflicht der nationalen Gerichte, Fragen an die Europäische Kommission zu richten, muss (das entsprechende Recht der nationalen Gerichte könnte) mit einer Pflicht der Europäischen Kommission zu einer Antwort korrespondieren.¹⁵¹⁵ Diese Pflicht kann aber – wie auch die Europäische Kommission meint¹⁵¹⁶ – aber nicht

¹⁵¹¹ Wright, S. 134.

¹⁵¹² "Die Unterstützung, die den einzelstaatlichen Gerichten gemäß dieser Bekanntmachung angeboten wird, ist freiwillig und berührt nicht die Möglichkeit bzw. Verpflichtung dieser Gerichte, in Bezug auf die Auslegung oder Gültigkeit des Gemeinschaftsrechts gemäß Artikel 234 EG-Vertrag ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten."

¹⁵¹³ "The support offered to national courts under this Notice is voluntary and without prejudice to the possibility or obligation for the national court to ask the ECJ for a preliminary ruling regarding the interpretation or the validity of Community law in accordance with Article 234 of the Treaty."

¹⁵¹⁴ "Par ailleurs, le soutien apporté aux juridictions nationales en vertu de la présente communication est facultatif et ne préjuge pas de la possibilité ou de l'obligation (128) pour la juridiction nationale de saisir la Cour de justice, conformément à l'article 234 du traité, d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation ou la validité de dispositions de droit communautaire."

¹⁵¹⁵ Auch die GD Wettbewerb geht von grundsätzlich von einer Pflicht aus, Bericht Kom 2015 SWP, S. 14 (zum Beihilfenrecht).

¹⁵¹⁶ Europäische Kommission, BZKG101/102. Rn. 26: "Für die Verpflichtung der Kommission zur Offenlegung von Informationen gegenüber einzelstaatlichen Gerichten gelten allerdings Ausnahmen. Insbesondere darf die Kommission die Übermittlung von Informationen an einzelstaatliche Gerichte aus überwiegenden Gründen zur Wahrung der Interessen der Europäischen Union oder zur Unterbindung eines etwaigen Eingriffs in ihre Funktionsfähigkeit und ihre Unabhängigkeit, vor allem durch Gefährdung der Erfüllung der

unbegrenzt bestehen. Dies wird im Folgenden zunächst aus rein primärrechtlicher Sicht beleuchtet gefolgt von einer sekundärrechtlichen Betrachtung:

Das Loyalitätsgebot ist im Sinne einer gleichberechtigten, gegenseitigen Zusammenarbeitspflicht gefasst.¹⁵¹⁷ Art. 4 Abs. 3, erster UA EUV verpflichtet die Mitgliedstaaten und die Union zu gegenseitiger Unterstützung, adressiert insoweit also auch die Europäische Kommission.¹⁵¹⁸ Die Europäische Kommission und die nationalen Gerichte sind damit Teil einer *"funktionalen Einheit zwischen Union und Mitgliedstaaten"* für die in Art. 4 Abs. 3 EUV gerade das Gegenseitigkeitselement¹⁵¹⁹ verankert ist.¹⁵²⁰

Gerade beim Vollzug des Wettbewerbsrechts der Union kann die Europäische Kommission über Informationen verfügen, die nur diese besitzt; in diesem Fall wird sie dem Anspruch der Union als Funktionsverbund, welcher dem effektiven Vollzug des Wettbewerbsrechts verpflichtet ist, gerecht, wenn sie diese Informationen mit den nationalen Gerichten (zumindest) auf Anfrage teilt.¹⁵²¹ Soweit ein nationales Gericht zur Feststellung verpflichtet ist, ob ein Verfahren bei der Europäischen Kommission so weit fortgeschritten ist, dass dies maßgeblich bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen ist,¹⁵²² muss die Pflicht des nationalen Gerichts auf Erkundigung mit einer Pflicht der Europäischen Kommission zu Antwort einhergehen,¹⁵²³ da die nationalen Gerichte andernfalls ihrer Verpflichtung zu einer etwaigen maßgeblichen Berücksichtigung nicht nachkommen können.¹⁵²⁴ Gleiches gilt auch wenn ein Gericht

ihr übertragenen Aufgaben, verweigern. Die Offenlegung von Informationen gegenüber einzelstaatlichen Gerichten sollte die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften durch die Kommission nicht übermäßig beeinträchtigen, damit insbesondere laufende Untersuchungen und das Funktionieren von Kronzeugenprogrammen und Vergleichsverfahren nicht behindert werden."

¹⁵¹⁷ S.o. 3.3.2(b) (ab Seite 85).

¹⁵¹⁸ *EuGH*, Beschl. v. 13. Juli 1990 – C-2/88 Imm, ECLI:EU:C:1990:315 – Zwartveld, Rn. 17f.

¹⁵¹⁹ *EuGH*, Urt. v. 16. Oktober 2003 – C-339/00, ECLI:EU:C:2003:545 – Irland gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rn. 72.

¹⁵²⁰ *Streinz* in *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 4 AEUV, Rn. 30.

¹⁵²¹ *EuGH*, Urt. v. 26. November 2002 – C-275/00, ECLI:EU:C:2002:711 – First und Franex, Rn. 49; *Calliess/Kahl/Puttler* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. A., EUV Art. 4 Rn. 112.

¹⁵²² Vgl. o. 3.3.4 (ab Seite 144), Fallgruppen 1, 2 und 4.

¹⁵²³ *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – SFEI, Rn. 50.

¹⁵²⁴ Entsprechend hebt die Europäischen Kommission in BZKG101/102, Rn. 21, hervor, dass die *"Informationen ... in ihrem Besitz befindliche Unterlagen oder ... Auskünfte verfahrensmäßiger Art"* umfassen können, damit das nationale Gericht *"feststellen kann, ob ein bestimmter Fall vor der Kommission anhängig ist, ob die Kommission ein Verfahren eingeleitet oder ob sie bereits Stellung bezogen hat ..., wann*

verpflichtet ist, zu Grundlagen, Reichweite oder Richtigkeit eines Beschlusses der Europäischen Kommission bei dieser Erkundigungen einzuholen. Die Pflicht zur Zusammenarbeit der Europäischen Kommission erfasst (insoweit) auch die Übermittlung von Unterlagen und die Genehmigung von Zeugenaussagen von Beamten vor den nationalen Gerichten.¹⁵²⁵

Der *EuGH* hat in der Entscheidung *First und Franex*¹⁵²⁶ allerdings zu Recht hervorgehoben, dass zwingende Gründe gegen eine Übermittlung von Informationen an die nationalen Gerichte sprechen können. In Betracht kommen hier insbesondere Aspekte der Selbstorganisation der Europäischen Kommission und der Schutz von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen.

Das Recht der Europäischen Kommission zur Selbstorganisation lässt sich aus Art. 13 EUV und Art. 249 Abs. 1 AEUV ableiten.¹⁵²⁷ Der *EuGH* hat denn auch den Schutz von Informationen für den Fall anerkannt, dass die Funktionsfähigkeit und Unabhängigkeit der EG (heute: der Union), insbesondere die der Erfüllung der Aufgaben der Europäischen Kommission (vermeintlich) auf dem Spiel stand.¹⁵²⁸ So ist beispielsweise nicht ersichtlich, dass das Loyalitätsgebot mit Bezug auf den effektiven Vollzug des Unionswettbewerbsrechts zu einer Auskunftspflicht führt, nach welcher die Europäische Kommission etwa interne Vermerke vorlegen müsste. Die Arbeit jeder Behörde lässt sich dadurch effektiv gestalten, dass interne Unterlagen zur Vorbereitung von Entscheidungen ohne Einsichtnahmemöglichkeit der Öffentlichkeit erstellt werden können. Den Beamten wird so ein fundierter, interner Diskurs ermöglicht. Eine weitgehende Offenlegungsverpflichtung der Europäischen Kommission würde dies untergraben. Die Verweigerung der Herausgabe interner Arbeitsdokumente der Europäischen Kommission wird daher in der Regel gerechtfertigt sein.¹⁵²⁹

mit einer Entscheidung zu rechnen ist, um sich darüber Klarheit zu verschaffen, ob die Voraussetzungen für eine etwaige Aussetzung des Verfahrens gegeben oder ob einstweilige Maßnahmen zu beschließen sind".

¹⁵²⁵ *EuGH*, Beschl. v. 13. Juli 1990 – C-2/88 Imm, ECLI:EU:C:1990:315 – Zwartveld, Rn. 2; *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 11.

¹⁵²⁶ *EuGH*, Urt. v. 26. November 2002 – C-275/00, ECLI:EU:C:2002:711 – *First und Franex*, Rn. 49.

¹⁵²⁷ *Streinz* in *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 13 AEUV, Rn. 29.

¹⁵²⁸ *EuGH*, Beschl. v. 6. Dezember 1990 – C-2/88 Imm, ECLI:EU:C:1990:440 – Zwartveld, Rn. 11; *EuGH*, Urt. v. 26. November 2002 – C-275/00, ECLI:EU:C:2002:711 – *First und Franex*, Rn. 49.

¹⁵²⁹ BZKGBei, Rn. 88; ähnlich auch BZKG101/102, Rn. 19, wo die Europäische Kommission unter Verweis auf *EuGH*, Beschl. v. 6. Dezember 1990 – C-2/88 Imm, ECLI:EU:C:1990:440 – Zwartveld, Rn. 11, und *EuGH*, Urt. v. 26. November 2002 – C-275/00, ECLI:EU:C:2002:711 – *First und Franex*, Rn. 49, die Wahrung ihrer "*Handlungsfähigkeit und Unabhängigkeit*" hervorhebt.

In einem Spannungsverhältnis steht die Kooperationspflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV auch mit Art. 339 AEUV.¹⁵³⁰ Nach Art. 339 AEUV sind die Organe der Union und ihre Mitglieder ¹⁵³¹ verpflichtet, "*Auskünfte, die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen, nicht preiszugeben; dies gilt insbesondere für Auskünfte über Unternehmen sowie deren Geschäftsbeziehungen oder Kostenelemente.*" Die Vorschrift erfasst alle der Europäischen Kommission vorliegenden (Berufs-, Amts und Geschäftsgeheimnisse darstellende¹⁵³²) Informationen, nicht nur solche, die im Wege von Auskunftersuchen ermittelt wurden;¹⁵³³ hierfür sprechen auch die englische und französische Sprachfassung, die Allgemeiner "*information*" bzw. "*informations*" (und nicht nur "*Auskünfte*") erfassen.¹⁵³⁴ Auch wenn Art. 339 AEUV die Herausgabe von Informationen nicht prinzipiell ausschließt,¹⁵³⁵ macht die Vorschrift einmal mehr deutlich, dass die primärrechtliche Kooperationspflicht der Europäischen Kommission Grenzen hat.¹⁵³⁶ Dies entspricht auch dem Ansatz der Unionsgerichte¹⁵³⁷ und hat der Gemeinschaftsgesetzgeber in Art. 28 Abs. 2 VO 1/2003 aufgegriffen.¹⁵³⁸ Einen

¹⁵³⁰ Wegener in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, AEUV Art. 339, Rn. 4.

¹⁵³¹ Nach dem Wortlaut erfasst Art. 339 AEUV nur die Mitglieder der Organe; Brauneck, EuZW 2017, 595, 596. Es ist aber nach dem Zweck der Vorschrift davon auszugehen, dass auch die Organe selbst von der Verpflichtung erfasst sind; Wegener in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, AEUV Art. 339, Rn. 6; ebenso Jaeckl in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 60. Ergänzungslieferung 2016, AEUV Art. 339, Rn. 26f.

¹⁵³² Jaeckl in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 60. Ergänzungslieferung 2016, AEUV Art. 339, Rn. 19ff.

¹⁵³³ Wegener in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, AEUV Art. 339, Rn. 2.

¹⁵³⁴ Jaeckl in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 60. Ergänzungslieferung 2016, AEUV Art. 339, Rn. 16.

¹⁵³⁵ Steinle in Streinz, EUV/AEUV, Art. 339 AEUV, Rn. 9, mit Verweis auf EuG, Urt. v. 18. September 1996 – T-353/94, ECLI:EU:T:1996:119 – Postbank, Rn. 89ff, zur Weitergabe von Informationen an mitgliedstaatliche Behörden.

¹⁵³⁶ Ähnlich Kreße, WRP 2016, 567, 569.

¹⁵³⁷ EuG, Urt. v. 18. September 1996 – T-353/94, ECLI:EU:T:1996:119 – Postbank, Rn. 87ff.

¹⁵³⁸ O. Weber in Schulte/Just, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 6. Vgl. auch Ritter in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), VO 1/2003 Art. 15, Rn. 5.

entsprechenden Vorbehalt enthalten auch die BZGK101/102¹⁵³⁹ sowie die BZKGBei,¹⁵⁴⁰ ist aber auch für den Bereich der FKVO anzunehmen.¹⁵⁴¹

Es ist allerdings wahrscheinlich, dass die Europäische Kommission Antworten auf die Fragen, die ihr das nationale Gericht verpflichtend stellen muss, in den meisten Fällen hinreichend beantworten kann, ohne Berufs- oder Geschäftsgeheimnisse der Betroffenen zu beeinträchtigen und ohne dass ihr Recht auf Selbstorganisation in einem Maße beeinträchtigt wäre, dass es zwingend ist, dass die Verpflichtung aus dem Loyalitätsgebot zur Antwort zurücktritt.

Wenn damit grundsätzlich nach dem primärrechtlichen Loyalitätsgebot eine Pflicht der Europäischen Kommission besteht, auf Anfragen der nationalen Gerichte zu antworten,¹⁵⁴² ist diese nach hier vertretener Ansicht beschränkt auf solche Informationen, die das nationale Zivilgericht im Rahmen seines kontradiktorischen Verfahrens wirklich benötigt: Soweit für die nationalen Gerichte aus unionsrechtlicher Sicht eine Pflicht zu einer Konsultation mit der Europäischen Kommission besteht, muss dies mit einer Pflicht zu Antwort der Europäischen Kommission verbunden sein.

Insoweit ist noch zu berücksichtigen, dass im Rahmen des Anwendungsbereichs des Art. 267 AEUV ein Vorlageverfahren beim *EuGH* als Alternative zur Verfügung stehen kann. Hier geht es allerdings nur um Fragen der Auslegung und Gültigkeit. Insoweit erscheint es denkbar, dass die Europäische Kommission das nationale Gericht an den *EuGH* verweist.

Außerhalb der Gegenstände, die ein nationales Gericht unionsrechtlich verpflichtend bei der Europäischen Kommission anfragen muss, besteht dagegen aus dem Loyalitätsgebot heraus (nur) die Pflicht der Europäischen Kommission, eine Antwort ernsthaft zu erwägen, nicht aber der Zwang, in jedem Fall eine Antwort zu geben, und

¹⁵³⁹ BZGK101/102, Rn. 19, 23 und – mit Verweis auf die Notwendigkeit der Wahrung der "*Grundrechte der beteiligten Parteien*" – Rn. 35 lit. a).

¹⁵⁴⁰ BZKGBei, Rn. 85.

¹⁵⁴¹ *Heithecker/Schneider* in *Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder*, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 88. EL, Art. 17 FKVO, Rn. 30.

¹⁵⁴² *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – SFEI, Rn. 50; ähnlich die in BZKGBei, Rn. 81, zitierte Urteile *EuGH*, Beschl. v. 13. Juli 1990 – C-2/88 Imm, ECLI:EU:C:1990:315 – Zwartveld, Rn. 17 bis 22, *EuGH*, Urt. v. 28. Februar 1991 – C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 – Delimitis / Henninger Bräu, Rn. 53, *EuG*, Urt. v. 18. September 1996 – T-353/94, ECLI:EU:T:1996:119 – Postbank, Rn. 64f. *Nothdurft* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 10; *O. Weber* in *Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 4

ist die Schwelle, ab der die Europäische Kommission Auskünfte gegenüber Gerichten verweigern darf, nicht allzu hoch anzusetzen, auch wenn der *EuGH* in der Entscheidung *First und Franex*¹⁵⁴³ nur zwingende Gründe gelten lassen wollte. Diese strenge Rechtfertigungsanforderung kann nur für die Gegenstände gelten, auf die das nationale Gericht – wie vorstehend dargestellt – aus unionsrechtlicher Sicht angewiesen ist. Informationen, die das Gericht (bzw. die Parteien) mit vertretbarem Aufwand selbst einholen können, ohne die Europäische Kommission einzuschalten, muss die Europäische Kommission ebenso nicht übermitteln,¹⁵⁴⁴ wie andere Informationen, die das Gericht bei der Europäischen Kommission abfragen kann, aber nicht muss.

Bei der Entscheidung über die Ablehnung einer Antwort können auch hier Gründe der Effektivität des Verwaltungshandelns der Europäischen Kommission im Rahmen ihres Selbstorganisationsrechts eine Rolle spielen, die allerdings nicht zur Blanketterklärung, für die Verweigerung von Auskünften werden dürfen. Gleiches gilt für den Vorbehalt des Schutzes von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen. Die Europäische Kommission darf es sich mithin – bezogen auf Anfragen, zu denen keine Verpflichtung des nationalen Gerichts besteht – aufgrund von Art. 4 Abs.3 EUV auch nicht zu einfach machen und bei jeder Anfrage eines nationalen Gerichts deren Erfüllung *per se* mit der Begründung ablehnen, diese beeinträchtige die Erfüllung ihrer Aufgaben oder Art. 339 AEUV stehe entgegen. Es muss in der konkreten Situation ein aner kennenswerter Grund vorliegen.

Vorrangig wird die Europäische Kommission bei den Fragen, zu denen die nationalen Gerichte nicht verpflichtet sind, die die Effektivität der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union einzustellen haben.¹⁵⁴⁵ Soweit hier eine *primus inter pares*-Rolle bei der Europäischen Kommission aus dem Primärrecht heraus gesehen wird, ist es nur konsequent, dieser einen Einschätzungsspielraum zuzubilligen, ob es der effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts mehr dient, wenn sie eine Antwort erteilt oder wenn sie – z.B. bezogen auf Kronzeugeneinlassungen¹⁵⁴⁶ oder die Kommunikation mit anderen Behörden¹⁵⁴⁷ – eine Antwort verweigert.

¹⁵⁴³ *EuGH*, Urt. v. 26. November 2002 – C-275/00, ECLI:EU:C:2002:711 - First und Franex, Rn. 49.

¹⁵⁴⁴ *Calliess/Kahl/Puttler in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. A., EUV Art. 4 Rn. 112.

¹⁵⁴⁵ Vgl. insbes. *EuG*, Urt. v. 18. September 1996 – T-353/94, ECLI:EU:T:1996:119 – Postbank, Rn. 62ff.

¹⁵⁴⁶ *EuGH*, Urt. v. 26. Januar 2017 – C-619/13 P, ECLI:EU:C:2017:50 – Mamoli Robinetteria SpA gegen Europäische Kommission, Rn. 53; siehe im Folgenden ausführlich (c) (ab Seite 330) und (d) (ab Seite 335).

¹⁵⁴⁷ *EuG*, Urt. v. 12. Mai 2015 – T-623/13, ECLI:EU:T:2015:268 – Unión de Almacénistas de Hierros de España gegen Europäische Kommission, Rn. 78.

In der Literatur wird diskutiert, ob sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV (oder Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003) eine Verpflichtung der Europäischen Kommission ergibt, bei ihr *nicht* vorhandene Informationen auf Anfrage des Gerichts zu ermitteln.¹⁵⁴⁸ Laut *Sura*¹⁵⁴⁹ und *Bartels*¹⁵⁵⁰ lehnt es die Europäische Kommission nicht "*per se*" ab, "*auf Anfrage eines nationalen Gerichts Informationen zu beschaffen*". Die oben zitierte Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 3 EUV (bzw. die entsprechenden Vorgängerregelungen) deutet allerdings nicht darauf hin, dass aus Sicht des *EuGH* die Europäische Kommission die Pflicht hätte, als Ermittlungsorgan der nationalen Gerichte tätig zu werden.¹⁵⁵¹ Für das hier untersuchte kontradiktorische Verfahren tritt hinzu, dass Amtsermittlung durch das nationale Zivilgericht ohnehin kaum Relevanz hat und eine Behördenermittlung zu Gunsten der einen oder anderen Partei dazu auch nicht passt.¹⁵⁵² Es ist nicht ersichtlich, dass das Loyalitätsgebot insoweit in die Grundsätze des kontradiktorischen Verfahrens eingreift.¹⁵⁵³ Nach hier vertretener Auffassung reicht das Loyalitätsgebot nicht so weit, dass die Europäische Kommission zur Informationsbeschaffungsbehörde für die nationalen Zivilgerichte würde,¹⁵⁵⁴ die im kontradiktorischen Verfahren entscheiden, denn dies würde nicht eine erhebliche Verlagerung der Aufgabengebiete bedeuten, sondern auch eine Abkehr vom kontradiktorischen Verfahren.

Den letzten Überlegungen entsprechend sagt die Europäische Kommission in der BZKGBei¹⁵⁵⁵ (nur) das Bemühen zu, "*dem einzelstaatlichen Gericht die erbetenen Informationen spätestens einen Monat nach Eingang des Ersuchens zur Verfügung zu stellen*", soweit keine Rückfragen erforderlich sind. Für Stellungnahmen will sich die Europäische Kommission um die Einhaltung einer vier-Monats-Frist (ab Eingang bzw.

¹⁵⁴⁸ *Imgrund*, S. 70; *Schmidt in Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 15 Rn. 98.

¹⁵⁴⁹ *Sura in Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 7.

¹⁵⁵⁰ *Bartels*, S. 191.

¹⁵⁵¹ Gegen einer Ermittlungsverpflichtung der Europäischen Kommission auch *Nothdurft in MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 17; *Schütz in KöKo Kartellrecht*, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 2; *Ritter in Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), VO 1/2003 Art. 15, Rn. 4; *Sura in Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 7.

¹⁵⁵² Insoweit ist auch hier relevant, dass die Europäische Kommission nur im öffentlichen Interesse tätig ist; s.o. 2.3.3(b)(i) (ab Seite 39) und dort insbes. Fn. 184 (Seite 41) sowie VO 2015/1589, Erwägungsgrund (37); VO 734/2013, Erwägungsgrund (18).

¹⁵⁵³ S.o. Seite 314 bei Fn. 1487.

¹⁵⁵⁴ Ebenso *Schmidt in Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 15 Rn. 98.

¹⁵⁵⁵ BZKGBei, Rn. 84.

ab der letzten Rückfrage, wenn es welche gibt) bemühen.¹⁵⁵⁶ Vor dem Hintergrund des primärrechtlichen Beschleunigungsgebots¹⁵⁵⁷ ist von der Europäischen Kommission allerdings zu verlangen, dass sie sich um eine zeitnahe Antwort bemüht, damit auch das Gerichtsverfahren zeitnah fortgesetzt werden kann, auch wenn hierfür keine festen Fristen gelten.¹⁵⁵⁸

Mit Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 bzw. Art. 29 Abs. 1 VO 2015/1589 hat der Gemeinschafts-/Unionsgesetzgeber nicht die Gewichte hin zu einer erweiterten Antwortpflicht der Europäischen Kommission verschoben. Zwar war es – zumindest für das Beihilfenrecht – das Ziel des Unionsgesetzgebers, *"dass die Gerichte der Mitgliedstaaten ein Anrecht auf Auskünfte der Kommission für die Anwendung von Artikel 107 Absatz 1 und Artikel 108 AEUV sowie auf Stellungnahmen der Kommission zu Fragen bezüglich der Anwendung der Beihilfenvorschriften haben"*.¹⁵⁵⁹ Hieraus kann aber nicht abgelesen werden, dass die Pflichten der Europäischen Kommission über den hier für das Primärrecht festgestellten Umfang hinausgehen sollten und etwa den *"interessierten Parteien eine weitere, wenngleich indirekte Möglichkeit des Zugangs zu Informationen der Kommission neben der Akteneinsicht und der VO 1049 /2001"*¹⁵⁶⁰

¹⁵⁵⁶ BZKGBei, Rn. 94.

¹⁵⁵⁷ S.o. Seite 311 (bei Fn. 1471).

¹⁵⁵⁸ *EuGH*, Urt. v. 11. Juli 1996 – C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – SFEI, Rn. 50, sieht nur die Verpflichtung vor *"sobald als möglich"* zu antworten. *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 23, weist darauf hin, dass die Beantwortungszeit auch von dem Umständen abhängen und sich über die o.g. von der Europäischen Kommission selbst gesetzten Fristen hinaus verlängern kann, wenn vertrauliche Informationen abgefragt und die Betroffenen vorher von der Europäischen Kommission angehört werden müssen.

¹⁵⁵⁹ Vorsch. BeiDVO 2012, S. 6.

¹⁵⁶⁰ *O. Weber* in *Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 5. Nach Art. 2 der VO 1049/2001 sind – ausgehend von Art. 15 Abs. 3 AEUV – anspruchsberechtigt *"Unionsbürger sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat hat"*, während der Zugang durch nationalen Gerichte nicht geregelt wird. Zum direkten Zugang zu Akten der Europäischen Kommission auf dieser Grundlage vgl. etwa *Gey/Schwedler* in *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 10 Rn. 100ff; *Badtke/Lang*, WuW 2016, 276ff; *Kreße*, WRP 2016, 567, 568ff; *EuGH*, Urt. v. 14. März 2017 – C-162/15 P, ECLI:EU:C:2017 – Evonik Degussa GmbH, Rn. 77; *EuG*, Urt. v. 28. März 2017 – T-210/15, ECLI:EU:T:2017:224 – Deutsche Telekom AG gegen Europäische Kommission; insbes. Rn. 41ff. Zum Verhältnis der VO 1049/2001 zu dessen primärrechtlicher Grundlage in Art. 15 Abs. 3 AEUV vgl. *EuG*, Urt. v. 12. Mai 2015 – T-623/13, ECLI:EU:T:2015:268 – Unión de Almacenistas de Hierros de España gegen Europäische Kommission, Rn. 52, *EuG*, Urt. v. 5. Februar 2018 – T-611/15, ECLI:EU:T:2018:63 – Edeka-Handelsgesellschaft Hessenring mbH, Rn. 56ff, sowie *Brauneck*, EuZW 2017, 595, 598, und *Brauneck*, EuZW 2017, 928ff. Vgl. zum Zugang einer natürlichen Person zu Dokumenten im Besitz der Europäischen Kommission nach VO 1049/2001 im Zusammenhang mit einem von der Europäischen Kommission gegen einen Mitgliedstaat vor dem *EuGH* geführten Rechtsstreit *EuGH*, Urt. v. 18. Juli 2017 – C-213/15 P, ECLI:EU:C:2017:563 – Breyer, wo in Rn. 53f hervorgehoben wird, dass der unmittelbare Zugang zu Dokumenten im Besitz der

eröffnet werden sollte, denn der eigentliche Regelungstext wurde ausgehend von der VO 1/2003 bis zur VO 2015/1589 schwach ausgestaltet, nämlich nur als Recht, um Informationen zu bitten, nicht als Verpflichtung der Europäischen Kommission, auf solche Anfragen auch tatsächlich einzugehen.

Während damit dieses Sekundärrecht insoweit schon keine erweiterte Verpflichtung der Europäischen Kommission zur Antwort enthält, hebt es für den Fall der beabsichtigten Weitergabe von Daten klarstellend und einschränkend in Art. 28 Abs. 2 VO 1/2003 den Schutz der Berufsgeheimnisse derjenigen hervor, denen die Informationen zuzuordnen sind.¹⁵⁶¹ Erwägungsgrund (11) VO 734/2013 hebt (allgemein) hervor, dass die Europäische Kommission in Beihilfesachen "*das berechnete Interesse der Unternehmen am Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse gebührend berücksichtigen*" sollte. Allerdings ist ein Verfahren zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen bei der Übermittlung von Informationen an die Gerichte im Beihilfenrecht nicht vorgesehen.¹⁵⁶²

Neben den VO 1/2003 und VO 2015/1589 ist auf der Ebene des Sekundärrechts auch die SE-RL – für ihren Anwendungsbereich – zu beachten, auf die gesondert unter (d)¹⁵⁶³ eingegangen wird.

Europäischen Kommission nach VO 1049/2001 bzw. Art. 15 Abs. 3 AEUV anderen (weniger strengen) Regelungen unterliegen kann, als der Zugang im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens. Vgl. auch VO 774/2004 (v.a Art. 6, Art. 8, 15f).

¹⁵⁶¹ Regelungen, wie die Europäische Kommission insoweit beim Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen oder anderen vertraulichen Informationen im Rahmen von Konsultationen nationaler Gerichte vorgehen kann oder muss, enthält weder die VO 1/2003, noch die VO 773/2004, noch die VO 2015/1589 oder das Fusionskontrollrecht; vorhanden sind nur allgemeine Regelungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen und der Korrespondenz zwischen den Kartellbehörden bei Anträgen auf Akteneinsicht. Vgl. VO 773/2004 Erwägungsgründe (13) und (14), Art. 15 (Akteneinsichtsrecht für "*Parteien*" an die die Europäische Kommission "*eine Mitteilung der Beschwerdepunkte gerichtet hat*") sowie den durch die VO 2015/1348 gestrichen Art. 8 Abs.2 VO 773/2004 a.F., wonach "*Unterlagen, in die der Beschwerdeführer in einem von der Kommission*" nach Art. 101 oder 102 AEUV "*geführten Verfahren Einsicht genommen hat, ... vom Beschwerdeführer nur für Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zur Anwendung dieser Bestimmungen ... verwendet werden.*" durften.

¹⁵⁶² Zum Rechtsschutz sogleich unter (b). Der Erwägungsgrund (12) der VO 734/2013 spricht zwar ein Verfahren zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen an. Umgesetzt wurde dies in Art. 9 Abs. 9 und 10 VO 2015/1589 für den Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens, nicht aber für die Übermittlung von Informationen oder Unterlagen an nationale Gerichte. Insbesondere fehlt es an der Regelung eines Verfahrens analog Art. 9 Abs. 9 S. 2 VO 2015/1589, in dem ein Beschluss der Europäischen Kommission ausdrücklich vorgesehen ist, den die betroffene Partei angreifen könnte.

¹⁵⁶³ Ab Seite 335.

(b) Anhörung und Rechtsschutz

*Bechtold/Bosch/Brinker*¹⁵⁶⁴ halten (für den Bereich des EU-Kartellrecht) ein Recht des Betroffenen, sich vor dem *EuG* gegen eine (mögliche) Vorlage von Informationen bei einem nationalen Gericht durch die Europäischen Kommission "*mittels einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV*" zu wehren für richtig; "*auf den ersten Blick*" fehle es aber "*am Vorliegen einer*" angreifbaren "*Entscheidung*". *Zuber*¹⁵⁶⁵ geht davon aus, dass die Europäische Kommission (auch ohne ausdrückliche Regelung) vor Übermittlung von Informationen und Dokumenten an ein nationales Gericht den Betroffenen hören muss¹⁵⁶⁶ und sich der Betroffene gegen die Entscheidung der Weitergabe vor den Unionsgerichten wehren kann. Auch *Nothdurft*¹⁵⁶⁷ und *O. Weber*¹⁵⁶⁸ halten ein solches Klagerecht für gegeben.

Ihnen ist Recht zu geben. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz – hier insbesondere zum Schutz der Geschäfts- und Berufsgeheimnisse – erfordert es, dass sich der Betroffene gegen die Preisgabe seiner Geheimnisse an Dritte wirksam wehren kann, um von vorneherein Schaden durch die Weitergabe dieser Geheimnisse zu verhindern. Der *EuGH* hat daher schon früh, in der *AKZO*-Entscheidung, erklärt, dass die Europäische Kommission vor der Herausgabe solcher Geheimnisse den Betroffenen hören und ihm die Möglichkeit einräumen muss, Rechtsschutz vor den Unionsgerichten zu suchen.¹⁵⁶⁹ Dazu ist es erforderlich, dass die Europäische Kommission einen Herausgabebeschluss erlässt, den der Betroffene dann nach Art. 263 AEUV angreifen und ggf. so die Weitergabe der Geschäftsgeheimnisse an ein Gericht verhindern kann.¹⁵⁷⁰

Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass die *AKZO*-Entscheidung nicht die Weitergabe von Daten an ein Gericht, sondern an ein anderes Unternehmen betraf. Das *EuG* hat in

¹⁵⁶⁴ *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 12,

¹⁵⁶⁵ *Zuber*, S. 126f.

¹⁵⁶⁶ Ebenso *Ritter* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), VO 1/2003 Art. 15, Rn. 5.

¹⁵⁶⁷ *Nothdurft* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 42.

¹⁵⁶⁸ *O. Weber* in *Schulte/Just*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 9: Vorheriger Eilrechtsschutz möglich.

¹⁵⁶⁹ *EuGH*, Urt. v. 24. Juni 1986 – 53/85, ECLI:EU:C:1986:256 – *AKZO Chemie BV und AKZO Chemie UK Ltd* gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rn. 29; *Steinle* in *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 339 AEUV, Rn. 9.

¹⁵⁷⁰ *EuGH*, Urt. v. 24. Juni 1986 – 53/85, ECLI:EU:C:1986:256 – *AKZO Chemie BV und AKZO Chemie UK Ltd* gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rn. 29f.

seiner *Postbank*-Entscheidung¹⁵⁷¹ – mit Bezugnahme auf die *AKZO*-Entscheidung des *EuGH* – zur Weitergabe von Daten an nationale Gerichte differenzierter entschieden. Zwar obliege der Schutz der Geheimnisse im Grundsatz der Europäischen Kommission. Einer Weitergabe an die Gerichte stehe aber nichts im Wege, wenn die nationalen Gerichte den Schutz der Geheimnisse wahrten. Allerdings ging auch das *EuG* davon aus, dass die Europäische Kommission in außergewöhnlichen Fällen die Weitergabe von Geheimnissen an ein nationales Gericht verweigern darf,¹⁵⁷² die Betroffenen vorher zu hören sind und vor Weitergabe ein (angreifbarer) Beschluss zu fassen ist.¹⁵⁷³

Das Wesen des kontradiktorischen Verfahrens spricht gegen das aus der *Postbank*-Entscheidung des *EuG*¹⁵⁷⁴ abgeleitete und von der Europäischen Kommission¹⁵⁷⁵ und in der Literatur beispielsweise von *Ritter*¹⁵⁷⁶ eingebrachte Argument, dass der Grundsatz der Vertraulichkeit bei Vorlage von Unterlagen bei nationalen Gerichten nur eingeschränkt zu beachten sei, da diese ihrerseits den Schutz der Vertraulichkeit zu wahren hätten.¹⁵⁷⁷ *Zuber*¹⁵⁷⁸ weist in diesem Zusammenhang zudem zu Recht darauf hin, dass die Vertraulichkeit von Informationen oder Dokumenten deren Verwertung durch ein Zivilgericht ohnehin verhindert, da (zumindest im deutschen Zivilprozessrecht) im kontradiktorischen Verfahren ein *in-camera*-Verfahren im Wesentlichen nicht anerkannt ist.¹⁵⁷⁹ Zudem bindet Art. 339 AEUV nationale Gerichte nicht.¹⁵⁸⁰

¹⁵⁷¹ *EuG*, Urt. v. 18. September 1996 – T-353/94, ECLI:EU:T:1996:119 – *Postbank*, Rn. 89ff.

¹⁵⁷² *EuG*, Urt. v. 18. September 1996 – T-353/94, ECLI:EU:T:1996:119 – *Postbank*, Rn. 93.

¹⁵⁷³ *EuG*, Urt. v. 18. September 1996 – T-353/94, ECLI:EU:T:1996:119 – *Postbank*, Rn. 94.

¹⁵⁷⁴ *EuG*, Urt. v. 18. September 1996 – T-353/94, ECLI:EU:T:1996:119 – *Postbank*, Rn. 87ff.

¹⁵⁷⁵ BZKG101/102, Rn. 25; BZKGBei, Rn. 86f. In beiden Bekanntmachungen weist die Europäische Kommission aber darauf hin, dass sie die unter das Berufsgeheimnis fallenden Informationen nicht weiterleiten wird, wenn für deren Schutz keine Gewähr geboten wird.

¹⁵⁷⁶ *Ritter in Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), VO 1/2003 Art. 15, Rn. 5.

¹⁵⁷⁷ *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 10, ohne nähere Begründung und ohne Verweis auf die *Postbank*-Entscheidung: Die Europäische Kommission dürfe den mitgliedstaatlichen Gerichten Geschäftsgeheimnisse nur zur Verfügung stellen, wenn "im Gerichtsverfahren ein umfassender und gleichwertiger Schutz der Vertraulichkeit besteht wie im Verfahren nach der VO 1/2003".

¹⁵⁷⁸ *Zuber*, S. 127; ähnlich *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 11; *A. Grimm*, S. 246f; *Nothdurft* in *MüKo EU-Wettbewerbsrecht*, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 14.

¹⁵⁷⁹ Vgl. bspw. OLG Düsseldorf, Urt. v. 11. September 2013 – VI-U (Kart) 19/12 – juris. Auf die nun sekundärrechtlich für Verfahren auf der Grundlage von Art. 101, 102 AEUV eingeführten Sonderregelungen für entsprechende *in-camera*-Verfahren im Zusammenhang mit der SE-RL s.u. (d) (ab Seite 335); vgl. auch *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 290f.

¹⁵⁸⁰ *A. Grimm*, S. 246.

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass der Betroffene – auf der Grundlage des oben beschriebenen Rechtsrahmens – die Möglichkeit haben muss, gegen die Weitergabe von (vermeintlichen) Geschäfts- und Berufsgeheimnissen durch die Europäische Kommission vorzugehen. Dazu muss er vor Weitergabe von Informationen und Dokumenten gehört werden und muss die Europäische Kommission einen – vor den Unionsgerichten vor Vollzug angreifbaren – Beschluss über die Weitergabe der Daten fassen. Für das Kartellverfahren hat die Europäische Kommission entsprechend Anhörung und Beschlussfassung durch den Anhörungsbeauftragten vorgesehen.¹⁵⁸¹

Dies – im Wesentlichen auf der Grundlage des Primärrechts gefundene – Ergebnis bedeutet allerdings nicht, dass es dem Unionsgesetzgeber nicht freisteht, sekundärrechtliche Regelungen zu schaffen, die die Verpflichtung der Europäischen Kommission zur Herausgabe von Informationen ausweitet, soweit sich dies im primärrechtlichen Rahmen hält. Insoweit ist es auch denkbar, den effektiven Rechtsschutz bezogen auf das Recht der Betroffenen zur Geheimhaltung ihrer Geschäfts- und Berufsgeheimnisse auf die nationalen Gerichte zu verlagern.¹⁵⁸² Daher ist die Thematik im Rahmen der folgenden Befassung, in welcher die Pflicht der Europäischen Kommission zur Herausgabe von Angaben unter der SE-RL beleuchtet werden, erneut aufzugreifen (im Folgenden unter (d)¹⁵⁸³).

(c) Insbesondere: Einlassungen von Kronzeugen in Kartellverfahren

Nach hier vertretener Auffassung hat die Europäische Kommission im Rahmen der unter (a) festgestellten primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben auch die Möglichkeit, Dokumente und Informationen von der Weitergabe an die nationalen Gerichte auszunehmen, wenn diese geständige Einlassungen eines Kartelltäters im

¹⁵⁸¹ Beschluss 2011/695/EU des Präsidenten der Europäischen Kommission vom 13. Oktober 2011 über Funktion und Mandat des Anhörungsbeauftragten in bestimmten Wettbewerbsverfahren, Erwägungsgründe (8) und (9) sowie Art. 1 Abs. 2 und Art. 8. Vgl. dazu *EuGH*, Urt. v. 26. Juli 2017 – C-517/15 P, ECLI:EU:C:2017:598 – AGC Glass Europe u. a. gegen Europäische Kommission, insbes. Rn. 39ff, wonach das in dem Beschluss 2011/695/EU beschriebene Verfahren der Möglichkeit des Betroffenen dient, alle Einwände gegen die Weitergabe/Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einbringen und prüfen lassen zu können, auch wenn sie in dem Beschluss nicht ausdrücklich benannt sind.

¹⁵⁸² Vgl. dazu *EuGH*, Beschl. v. 10. Oktober 2017 – C-640/16 P, ECLI:EU:C:2017:752 – Greenpeace Energy eG, Rn. 60ff und oben 3.3.3(a)(iii) (ab Seite 105).

¹⁵⁸³ Ab Seite 335.

Rahmen eines Kronzeugenprogramms enthalten oder von diesem im Rahmen dieses Programms übermittelt wurden.

Der *EuGH* hat zu Recht darauf hingewiesen, dass durch die Übermittlung solcher Dokumente an potentiell Geschädigte die "*Wirksamkeit dieser Programme ... beeinträchtigt werden*" könne.¹⁵⁸⁴ Darüber hinaus könne die Europäische Kommission durch ihre Selbstbindung an eine Mitteilung¹⁵⁸⁵ an der Weitergabe von Dokumenten gehindert sein, die sie im Rahmen eines Kronzeugenprogramms erhalten hat.¹⁵⁸⁶ Soweit der *EuGH* bei der Frage der Herausgabe solcher Dokumente für eine Abwägung "*zwischen den Interessen, die die Übermittlung der Informationen rechtfertigen, und dem Schutz dieser vom Kronzeugen freiwillig vorgelegten Informationen*" plädierte,¹⁵⁸⁷ passt dies zu dem oben gefundenen Ergebnis, wonach der Europäischen Kommission nicht prinzipiell die Pflicht zu einer Antwort auferlegt ist, sondern insbesondere Erwägungen zur Effektivität der Durchsetzung des Unionsrechts auch gegen eine Antwort sprechen können.

In der *Donau Chemie*-Entscheidung des *EuGH* wird verdeutlicht, dass bei Akteneinsichtsansträgen potentiell Geschädigter in behördliche Unterlagen das Interesse an einer effektiven Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensansprüche gegen das Interesse des (potentiellen) Kartelltäters auf Wahrung seiner Berufs- und Geschäftsgeheimnisse, den Schutz personenbezogener Daten sowie das "*öffentliche[n] Interesse[n] ... an der Wirksamkeit der Politik zur Ahndung wettbewerbsrechtlicher Zuwiderhandlungen*" streitet. In Letzteres sei insbesondere einzustellen, dass die

¹⁵⁸⁴ *EuGH*, Urt. v. 14. Juni 2011 – C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389 – Pfeiderer, Rn. 25ff; ebenso etwa *BKartA*, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle v. 25. Juli 2016, S. 19ff, *BKartA*, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760 v. 15. Juni 2017, S. 18, und *AG Bonn*, Beschl. v. 12. August 2015 – 52 OWi 51/15 [b] – NZKart 2016, 296, 298.

¹⁵⁸⁵ S.o. 6.1 (ab Seite 276), insbesondere ab Seite 281 (bei Fn. 1300ff).

¹⁵⁸⁶ *EuGH*, Beschl. des Vizepräsidenten v. 16. März 2016 – C-162/15 P-R, ECLI:EU:C:2016:142 – Evonik Degussa, Rn. 60ff, und *EuGH*, Urt. v. 26. Juli 2017 – C-517/15 P, ECLI:EU:C:2017:598 – AGC Glass Europe u. a. gegen Europäische Kommission, insbes. Rn. 73ff, bezogen auf die Leniency-Mitteilung und die Leniency-Mitteilung a.F. Vgl. dazu auch *EuG*, Urt. v. 28. Januar 2015 – T-341/12, ECLI:EU:T:2015:51 – Evonik Degussa, Rn. 112ff, 128ff; *EuG*, Beschl. des Präsidenten des Gerichts v. 29. November 2012 – T-164/12 R, ECLI:EU:T:2012:637 – Alstom, Rn. 50ff.

¹⁵⁸⁷ *EuGH*, Urt. v. 14. Juni 2011 – C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389 – Pfeiderer, Rn. 30; *EuGH*, Urt. v. 6. Juni 2013 – C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366 – Donau Chemie, Rn. 30ff. Bezogen auf die Veröffentlichung/Weitergabe von Ableitungen, die die Europäische Kommission aus diesen Unterlagen bezogen auf eine Verletzung von Art. 101 AEUV zieht, akzeptiert der *EuGH* dagegen keinen Schutz, vgl. *EuGH*, Urt. v. 26. Juli 2017 – C-517/15 P, ECLI:EU:C:2017:598 – AGC Glass Europe u. a. gegen Europäische Kommission, insbes. Rn. 78ff.

Gewährung von Akteneinsicht die (potentiellen) Täter i.S.d. Art. 101 AEUV und 102 AEUV *"davon abhalten könnte, mit den Wettbewerbsbehörden zu kooperieren"*.¹⁵⁸⁸ Eine pauschale Ablehnung der Akteneinsicht sei zwar unzulässig und entsprechend entgegenstehendes nationales Recht nicht anwendbar, damit eine Interessenabwägung möglich wird. Zum Schutz von Kronzeugenprogrammen gelte aber, dass die Nichtweitergabe von einzelnen Schriftstücken gerechtfertigt sei, *"wenn Gefahr besteht, dass ein bestimmtes Schriftstück konkret das öffentliche Interesse an der Wirksamkeit des nationalen Kronzeugenprogramms beeinträchtigen könnte"*.

Nach hier vertretener Auffassung gelten diese Grundsätze im Verhältnis zwischen Europäischer Kommission und nationalen Gerichten im kontradiktorischen Zivilverfahren wie folgt: Der Bebringungsgrundsatz im kontradiktorischen Verfahren ermöglicht und verpflichtet die potentiell geschädigte Partei, sich selbst bei der Europäischen Kommission um die Informationen zu bemühen¹⁵⁸⁹ und diese muss – diesem Antragsteller gegenüber – die verschiedenen Interessen, also das Interesse des Antragstellers an der Geltendmachung seiner auf Unionswettbewerbsrecht beruhenden zivilrechtlichen Ansprüche, das öffentliche Interesse der Union an der Durchsetzung des Unionswettbewerbsrechts sowie die Geheimhaltungsinteressen der Unternehmen, die Gegenstand der Verfahren bei der Europäischen Kommission sind, gegeneinander abwägen.¹⁵⁹⁰ Es ist nicht ersichtlich, dass das Primärrecht in diese Grundsätze eingreifen und den Zugang zu Akten der Europäischen Kommission dadurch erleichtern wollte, dass die Europäische Kommission den nationalen Zivilgerichten gegenüber zur Preisgabe von Akten zum Zweck der Sachverhaltsermittlung verpflichtet ist. Gegenüber dem nationalen Gericht wird daher bereits oft das vom *EuGH* festgestellte

¹⁵⁸⁸ Anschluss an : *EuGH*, Urt. v. 14. Juni 2011 – C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389 – Pfeiderer, Rn. 26f.

¹⁵⁸⁹ Auf der Grundlage der VO 1049/2001 (v.a. Art. 2 Abs. 1); vgl. dazu oben Fn. 1560 (S. 326).

¹⁵⁹⁰ *EuG*, Urt. v. 5. Februar 2018 – T-611/15, ECLI:EU:T:2018:63 – Edeka-Handelsgesellschaft Hessenring mbH, Rn. 7, 11, 57ff, 92ff. Zur Geltendmachung der Akteneinsicht bei der Europäischen Kommission durch einen Kartellgeschädigten vgl. z.B. *Brauneck*, *EuZW* 2017, 595ff; *Janssen/Dietze*, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, Rn. 672ff, *Inderst/Thomas*, S. 370ff, sowie die VO 2015/1348, die den Schutz von Kronzeugen- und Vergleichsausführungen im Rahmen der VO 773/2004 erhöhte. Zudem wird oft der verfahrensbeendende (Bußgeld-) Beschluss der Europäischen Kommission, der nach Art. 30 VO 1/2003 zu veröffentlichen ist, tragende Elemente der Kronzeugeneinlassungen widerspiegeln (*EuGH*, Urt. v. 14. März 2017 – C-162/15 P, ECLI:EU:C:2017:205 – Evonik Degussa GmbH, Rn. 77ff, insbes. Rn. 97). Dem kommt daher ein hohes Gewicht zu, *Weitbrecht*, *EuZW* 2016, 281, 282.

"öffentliche Interesse an der Wirksamkeit des nationalen Kronzeugenprogramms" genügen, um die Übermittlung von Informationen und Dokumenten abzulehnen.¹⁵⁹¹

Mit Blick auf das deutsche Zivilprozessrecht wird aus dem Zusammenspiel von § 432 Abs. 1 und 2 ZPO mitunter geschlossen, dass die Abfrage von Urkunden von der Europäischen Kommission durch das Gericht (statt durch eine Partei) dann in Betracht kommt, wenn die Partei diese nicht ohne die Mitwirkung des Gerichts beschaffen könnte.¹⁵⁹² Selbst wenn dies richtig wäre änderte dies aber nichts an dem hier gefundenen Ergebnis, denn nationales Recht kann das prinzipiell vorrangige EU-Recht nicht verändern. Auch rechtspolitisch erscheint es richtig, die Klärung der Frage, ob bestimmte bei der Europäischen Kommission vorhandenen Informationen oder Dokumente aus EU-rechtlicher Sicht vertraulich zu behandeln sind, bei der Europäischen Kommission und den EU-Gerichten zu belassen und diese Frage nicht auf die nationalen Gerichte zu verlagern.¹⁵⁹³ Schließlich ist nicht zu erkennen, dass die Europäische Kommission primärrechtlich den nationalen Gerichten mehr Unterlagen zukommen lassen kann oder muss, als etwa Schadensersatzklägern.

Zusammenfassend ist festzustellen: Es ist – auch bezogen auf Einlassungen von Kronzeugen in Kartellverfahren und von diesen übermittelten Unterlagen – nicht zu erkennen, dass das Primärrecht in die von den nationalen Rechtsordnungen vorgegebenen Grundsätze des kontradiktorischen Zivilverfahrens eingreifen wollte. Auch die VO 1/2003 gibt dazu nichts her. Vor diesem Hintergrund sind die Hürden für eine Verweigerung der Herausgabe solcher Unterlagen durch die Europäische Kommission gegenüber den Zivilgerichten primärrechtlich niedrig in dem Sinn, dass es im Ermessen der Europäischen Kommission steht, ob die Verweigerung oder die Herausgabe der Akten der effektiven Durchsetzung des Unionskartellrechts mehr dient. Spricht im Rahmen dieser Abwägung mehr für eine Herausgabe, ist zusätzlich gegen den unionsrechtlichen Schutz von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen abzuwägen, auch wenn dieser Kronzeugenerklärungen und -unterlagen nicht *per se* schützt. Entscheidet sich die Europäische Kommission für eine Herausgabe, sind die Betroffenen jedenfalls zu hören und muss ihnen ggf. die Möglichkeit eingeräumt

¹⁵⁹¹ Unschlüssig A. Grimm, S. 247ff, die einerseits die Entscheidungen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* auf Art. 15 VO 1/2003 zu übertragen versucht, andererseits aber die Grenzen anspricht, die der Beibringungsgrundsatz ziehe, der "*unberührt*" bleibe.

¹⁵⁹² Zuber, S. 117.

¹⁵⁹³ Ebenso Zuber, S. 127.

werden, Rechtsschutz vor den Unionsgerichten zu suchen; hierzu muss die Europäische Kommission einen angreifbaren Beschluss fassen.

Dies bedeutet allerdings – wie bereits oben dargestellt – nicht, dass es dem Unionsgesetzgeber nicht freisteht, sekundärrechtliche Regelungen zu schaffen, die die Verpflichtung der Europäischen Kommission zur Herausgabe von Informationen beschränkt oder ausweitet, soweit sich dies im primärrechtlichen Rahmen hält.¹⁵⁹⁴ *Kersting*¹⁵⁹⁵ will zwar aus der *Donau Chemie*-Entscheidung des *EuGH*¹⁵⁹⁶ herauslesen, dass der Effektivitätsgedanke einen generellen Ausschluss des Zugangs zu Kronzeugenaussagen verbietet. Die Entscheidung des *EuGH* ist allerdings so zu verstehen, dass sie sekundärrechtlichen Regelungen nicht vorgreifen wollte,¹⁵⁹⁷ denn der *EuGH* verweist explizit auf eine fehlende unionsrechtliche Regelung.¹⁵⁹⁸ Da Kronzeugenprogramme primärrechtlich nicht geregelt sind, liegt es beim Unionsgesetzgeber, wie er die Balance zwischen der effektiven Durchsetzung des Unions(kartell)rechts über die Wirksamkeit dieser Programme (die für einen hohen Schutz des Kronzeugen spricht) und der effektiven Durchsetzung des Unions(kartell)rechts im Wege von Schadensersatzprozessen von Zivilgerichten (die für einen erleichterten Zugang zu Kronzeugenunterlagen im Besitz der Europäischen Kommission spricht) regelt.

Gerade im Fall des mit Bezug auf das Unionskartellrecht von der Europäischen Kommission praktizierten Kronzeugenprogramms gilt die Besonderheit, dass die als Kronzeugen auftretenden Unternehmen ihre Informationen dort aufgrund einer freiwilligen Unternehmensentscheidung preisgeben. Auch wenn eine solche Entscheidung unter dem Druck ergehen mag, dass ein fortgesetztes Schweigen faktisch zu einem erhöhten Bußgeldrisiko führt, ist letzteres doch nur auf den (möglichen) Verstoß des Unternehmens gegen das primärrechtliche Unionskartellrecht zurückzuführen und nicht auf das Verschweigen von Informationen. Aufgrund der Freiwilligkeit der Kronzeugenerklärungen und -handlungen kann insoweit ein umfassender Schutz von Art. 339 AEUV nicht gelten und muss es dem Unionsgesetzgeber freistehen, hier sekundärrechtlich regelnd tätig zu werden; gleiches

¹⁵⁹⁴ So wohl auch *Brauneck*, EuZW 2017, 595, 601.

¹⁵⁹⁵ *Kersting*, WuW 2014, 564, 566f.

¹⁵⁹⁶ *EuGH*, Urt. v. 6. Juni 2013 – C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366 - *Donau Chemie*.

¹⁵⁹⁷ So wohl auch *Haus/Serafimova*, BB 2014, 2883, 2887.

¹⁵⁹⁸ *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 354, mit Verweis auf *EuGH*, Urt. v. 6. Juni 2013 – C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366 - *Donau Chemie*, Rn. 25.

gilt für Vergleichsausführungen in Settlement-Verfahren,¹⁵⁹⁹ die ebenfalls freiwillig abgegeben werden.

(d) Insbesondere: Art. 5, 6 SE-RL

Die SE-RL ermöglicht – soweit sie zeitlich anwendbar ist (Art. 22 SE-RL) – für Schadensersatzklagen im Bereich der Art. 101, 102 AEUV (Art. 1 SE-RL) die mitgliedstaatlich-gerichtliche Anordnung der Vorlage von Beweismitteln auch gegenüber der Europäischen Kommission (Art. 6 SE-RL),¹⁶⁰⁰ wobei allerdings Kronzeugenanträge und Settlementerklärungen besonders geschützt werden, was die Europäische Kommission mit ihrer VO 2015/1348 zur Änderung der VO 773/2004 (entsprechend der SE-RL) berücksichtigt hat, indem das Akteneinsichtsrecht und die Verwendung der daraus gewonnen Erkenntnisse für nationale Zivilverfahren eingeschränkt wurde.¹⁶⁰¹ Diese Regelungen passen sich in das insbesondere durch Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 geprägte Zusammenarbeitsgebot ein,¹⁶⁰²

¹⁵⁹⁹ S.o. 3.5.4 (ab Seite 186).

¹⁶⁰⁰ Monopolkommission, HG 21, Rn. 67; *Kreße*, WRP 2016, 567, 572.

¹⁶⁰¹ Art. 16a VO 773/2004 regelt nun, dass "*Einsicht in Kronzeugenunternehmenserklärungen*" (welche nun in Art. 4a VO 773/2004 positiv-rechtlich geregelt sind) sowie die Einsicht "*in Vergleichsausführungen*" in Settlement-Verfahren (Art. 10a VO 773/2004) nur noch "*für die Ausübung von Verteidigungsrechten in Verfahren bei der Kommission gewährt*" wird. Vor nationalen Gerichten dürfen "*Informationen aus diesen Erklärungen und Ausführungen ... von der Partei, die Akteneinsicht erhalten hat, nur verwendet werden*", wenn dies "*für die Ausübung ihrer Verteidigungsrechte*" vor diesem Gerichten "*erforderlich ist*" und nur dann, wenn sich diese Verfahren auf die "*Aufteilung einer von der Kommission gesamtschuldnerisch gegen die Kartellbeteiligten verhängten Geldbuße zwischen den Kartellbeteiligten*" beziehen. Art. 16a VO 773/2003 regelt zudem weiter, dass "*Informationen, die von einer natürlichen oder juristischen Person eigens für das Verfahren der Kommission erstellt wurden, und Informationen, die die Kommission im Laufe ihres Verfahrens erstellt und den Parteien übermittelt hat*" erst dann vor nationalen Gerichten verwendet werden dürfen, "*wenn die Kommission ihr Verfahren gegen alle von der Untersuchung betroffenen Parteien durch Erlass eines Beschlusses nach Artikel 7, 9 oder 10 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 abgeschlossen oder ihr Verwaltungsverfahren auf andere Weise beendet hat*". Art. 16 VO 773/2004 regelt, wie die vertraulichen Informationen kenntlich zu machen sind. Konsequenterweise erweitern die neue Rn. 26a und 26b der BZKG101/102 die Regelung des Art. 16a Abs. 2 und 3 VO 773/2004 auf die Übermittlung von Informationen von der Europäischen Kommission an die nationalen Gerichte. Ein Anwendungsfall des Art. 16a VO 773/2004 spiegelt sich in der *amicus curiae*-Stellungnahme der Europäischen Kommission gegenüber dem UK-High Court of Justice, Chancery Division, v. 29. Oktober 2015, C(2015) 7682 final, wider.

¹⁶⁰² *Europäische Kommission*, Vorschlag v. 11. Juni 2013 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union /* COM/2013/0404 final - 2013/0185 (COD) */, Rn. 13: "*Wenn das einzelstaatliche Gericht die Offenlegung von Beweismitteln durch die Kommission anordnen will, finden der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten (Artikel 4 Absatz 3 AEU) und – hinsichtlich Auskunftsersuchen – Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1/2003 Anwendung.*"

gehen aber über Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 deutlich hinaus und führen zu einer Ausgestaltung des – wie dargestellt – primärrechtlich nur unscharf geregelten Bereichs.¹⁶⁰³

Nach Art. 5 SE-RL müssen die nationalen Rechtsordnungen eine Offenlegung von Beweismitteln erlauben. Nach Art. 6 SE-RL sollen die nationalen Gerichte eine Offenlegung von Beweismitteln auch gegenüber der Europäischen Kommission anordnen können. Bestimmte Unterlagen sind hiervon allerdings ausgenommen. Dies betrifft nach Art. 6 Abs. 6 (sowie Art. 7 Abs. 1) SE-RL Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen (in Settlement-Verfahren) sowie nach Art. 6 Abs. 5 (sowie Art. 7 Abs. 2) SE-RL – soweit das entsprechende Verfahren bei der Europäische Kommission noch läuft – *"Informationen, die von einer natürlichen oder juristischen Person eigens für das wettbewerbsbehördliche Verfahren erstellt wurden, Informationen, die die Wettbewerbsbehörde im Laufe ihres Verfahrens erstellt und den Parteien übermittelt hat, und Vergleichsausführungen, die zurückgezogen wurden."*¹⁶⁰⁴ Nach Art. 6 Abs. 9 SE-RL *"kann die Offenlegung von Beweismitteln in den Akten einer Wettbewerbsbehörde, die nicht" unter die vorgenannten "Kategorien fallen, in Verfahren über Schadensersatzklagen jederzeit angeordnet werden"*. Allerdings gilt nach Art. 6 Abs. 10 SE-RL, dass sich – soweit mit *"zumutbarem Aufwand"* möglich – die Parteien um die Beibringung der Unterlagen bemühen müssen.

Soweit sich die Europäische Kommission berechtigt sieht, die Übermittlung zu verweigern, wenn *"weitere Umstände"* vorliegen wie *"insbesondere ..., wenn die Übermittlung der Informationen die Erfüllung der der Kommission übertragenen Aufgaben gefährden würde"*¹⁶⁰⁵ ist dies in der SE-RL in Art. 6 Abs. 3 SE-RL aufgegriffen, wonach die neuen Vorschriften weder *"die nach Unionsrecht ... geltenden Vorschriften noch die geltende Anwendungspraxis im Bereich des Schutzes der internen Unterlagen von Wettbewerbsbehörden und des Schriftverkehrs zwischen Wettbewerbsbehörde"* erfassen.

Daneben sind die Grenzen des primärrechtlichen Art. 339 AEUV zu beachten. Bemerkenswert ist insoweit, dass für die Kronzeugenerklärungen und

¹⁶⁰³ Gey/Schwedler in Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 Rn. 157, die auch darstellen, dass sich die Regelungen im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH (insbes. EuGH, Urt. v. 6. Juni 2013 – C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366 - Donau Chemie) halten.

¹⁶⁰⁴ Haus/Serafimova, BB 2014, 2883, 2887, gehen davon aus, dass nach Art. 2 Nr. 17 SE-RL davon Beweismittel aus dem Tatzeitraum wiederum nicht erfasst und daher zugänglich sind.

¹⁶⁰⁵ BZKGBei, Rn. 88.

Vergleichsausführungen nach Art. 6 Abs. 7 SE-RL eine Art *in-camera*-Verfahren vorgesehen ist, in dem das nationale Gericht prüfen können soll, ob die relevanten Dokumente den geschützten Kategorien entsprechen. Der Unionsgesetzgeber hat sich mit der Einführung dieses *in-camera*-Verfahrens für eine Ausnahme vom kontradiktorischen Verfahren entschieden, um damit den Schutz derjenigen aufrechtzuerhalten, zu denen sich die Akteninhalte verhalten.

Hieraus könnte im Umkehrschluss anzunehmen sein, dass die Europäische Kommission (ohne eigene Prüfung oder Beschlussfassung) verpflichtet sein soll, auch die geschützten Unterlagen dem Gericht zur Kenntnis zu geben. Nach dem Wortlaut ("*einsieht*"; "*accède*"; "*access*") ist offen, ob die Europäische Kommission die Unterlagen wirklich an das Gericht verschicken muss, allerdings deutet der letzte Satz von Art. 6 Abs. 7 SE-RL darauf hin, da dort die Gerichte zum Schutz der Unterlagen aufgefordert werden.¹⁶⁰⁶ Diese Regelung entspricht letztlich der Argumentation des *EuG* im *Postbank*-Verfahren. Dennoch ist unklar, ob das in Art. 5, 6 SE-RL vorgesehene *Procedere* gleichzeitig eine Verlagerung des Rechtsschutzes des Betroffenen von der Unions- auf die mitgliedstaatliche Ebene bedeutet. Hierfür könnte sprechen, dass die SE-RL mit dem *in-camera*-Verfahren einen gewissen Rechtsschutz vorgibt und es in Art. 6 Abs. 2 und 3 SR-RL spezielle Regelungen zur Aufrechterhaltung besonderer unionsrechtlicher Regelungen gibt, die den Rechtsschutz bei den Unionsgerichten im Fall mitgliedstaatlich-gerichtlicher Anordnungen gerade nicht beinhalten. Zudem ist zumindest für den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 7 SE-RL ein Anhörungsrecht nun ausdrücklich vorgesehen.

Allerdings lässt sich auch vertreten, dass die Regelungen des *in-camera*-Verfahrens vornehmlich dazu gedacht war, die mitgliedstaatlichen Verhältnisse zu regeln, nicht aber dazu, den Rechtsschutz bei den Unionsgerichten einzuschränken, wenn es um den Umgang der Europäischen Kommission mit entsprechenden Unterlagen geht. Dies gilt umso mehr, als Art. 5, 6 SE-RL keinerlei Einschränkungen der Pflichten der

¹⁶⁰⁶ Vgl. auch SE-RL, Erwägungsgrund (18): "*Relevante Beweismittel, die Geschäftsgeheimnisse oder sonstige vertrauliche Informationen enthalten, sollten zwar grundsätzlich für Schadensersatzklagen zur Verfügung stehen, jedoch müssen solche vertraulichen Informationen angemessen geschützt werden. Die nationalen Gerichte sollten daher über eine Reihe von Mitteln zum Schutz vertraulicher Informationen vor Offenlegung während des Verfahrens verfügen. Zu diesen Mitteln zählen unter anderem die Unkenntlichmachung sensibler Passagen von Dokumenten, die Verhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit, die Beschränkung des zur Kenntnisnahme der Beweismittel berechtigten Personenkreises und die Anweisung an Sachverständige, eine Zusammenfassung der Informationen in aggregierter oder sonstiger nichtvertraulicher Form vorzulegen. Die Maßnahmen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen und sonstigen vertraulichen Informationen sollten die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs in der praktischen Anwendung jedoch nicht behindern.*"

Europäischen Kommission enthält. Insoweit lässt sich vertreten, dass eine Abbedingung der Rechtsschutzmöglichkeiten bezogen auf Art. 339 AEUV derart wesentlich ist, dass der Unionsgesetzgeber dies ausdrücklich hätte bestimmen müssen und die Annahme einer impliziten Abbedingung in einer an die Mitgliedstaaten gerichteten Richtlinie nicht genügt. Nach hier vertretener Ansicht genügt die SE-RL diesem Wesentlichkeitsvorbehalt nicht und bleibt es daher auch im Rahmen des Anwendungsbereichs der SR-RL bei den oben gefundenen Grundsatz, dass die Europäische Kommission Unterlagen und Informationen an die nationalen Gerichte erst dann weiterleiten darf, wenn sie dem Betroffenen zuvor die Möglichkeit einer Stellungnahme eingeräumt hat und die Weitergabe in einem Beschluss bestimmt hat, der – vor Weitergabe – vor den Unionsgerichten anfechtbar ist.

Dies gilt umso mehr, als abzuwarten bleibt, ob die nationalen Gerichte tatsächlich in der Lage sein werden, die Informationen angemessen zu schützen;¹⁶⁰⁷ die Entwicklung einer entsprechenden Praxis wird wesentlicher Teil ihrer Aufgabe werden.¹⁶⁰⁸

(e) Exkurs: Umsetzung von Art. 5, 6 SE-RL im GWB

Im deutschen Recht ist Art. 5, 6 SE-RL in §§ 89c, 89e Abs. 1 Nr. 3 GWB umgesetzt worden und stellte eine Sonderregel zu §§ 273 Abs. 2, 299 ZPO dar,¹⁶⁰⁹ wobei die den Parteien im kontradiktorischen Verfahren zugänglich zu machenden behördlichen Unterlagen nur noch nach § 89c GWB angefordert werden können.¹⁶¹⁰ An der durch die SE-RL begründete Verpflichtung der Europäischen Kommission, hierauf im oben beschriebenen Rahmen einzugehen, ändert es nichts, dass das deutsche Recht dabei nur die Möglichkeit der Gerichte eines *Ersuchens* formuliert. Dabei ist dieses Vorgehen subsidiär zu (der jeweiligen Partei) zumutbaren anderen Wegen der Informationsbeschaffung (§ 89c Abs. 1 Nr. 2 GWB).¹⁶¹¹ Ein Ersuchen ist auch abzulehnen, wenn es unverhältnismäßig erscheint, wobei auch die Wirksamkeit von

¹⁶⁰⁷ Vgl. *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 14.

¹⁶⁰⁸ *Preuß*, WuW 2017, 301; *Weitbrecht*, NJW 2017, 1574, 1576; *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 252; *Podszun/Jungbluth*, WuW 2017, 300.

¹⁶⁰⁹ Vgl. *Seifert*, NZKart 2017, 512, 515f,

¹⁶¹⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7. November 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 102. Umgekehrt bedeutet dies, dass für die rein gerichtsinterne Verwendung § 273 Abs. 2 ZPO einschlägig bleibt; *Mallmann/Lübbing*, NZKart 2016, 518, 521.

¹⁶¹¹ *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 250; *Seifert*, NZKart 2017, 512, 514.

Kronzeugenprogrammen in die Abwägung einzustellen ist (§ 89c Abs. 3 GWB).¹⁶¹² Ein Verfahren zum Geheimnisschutz – mit Anhörung der Europäischen Kommission – ist vorgesehen (§ 89c Abs. 2 UA 2 GWB). Kronzeugenerklärungen, nicht zurückgezogene Vergleichsausführungen, behördeninterne Vermerke sowie die Kommunikation zwischen den Wettbewerbsbehörden sind auch im deutschen Recht ausgenommen, ebenso bestimmte Unterlagen aus laufenden Verfahren (§ 89c Abs. 4 i.V.m. § 33g Abs. 5 GWB).¹⁶¹³

(f) Zusammenfassung

Soweit die nationalen Gerichte die Pflicht zu Anfragen an die Europäische Kommission haben, haben ist die Europäische Kommission auch zu einer Antwort verpflichtet, es sein denn (was selten der Fall sein wird) zwingende Gründe der Aufrechterhaltung ihrer Funktionsfähigkeit oder des Art. 339 AEUV stehen entgegen. In den übrigen Fällen ergibt sich aus dem Loyalitätsgebots die Pflicht der Europäischen Kommission, eine Antwort ernsthaft zu erwägen. Insoweit hat sie aber primärrechtlich einen Ermessensspielraum, eine Antwort abzulehnen. Sie muss insbesondere abwägen, ob die Weiterleitung von Informationen und Unterlagen oder deren Verweigerung der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts mehr dient; zudem kann und muss sie auch hier Güter wie die Aufrechterhaltung ihrer (sinnvollen) Selbstorganisation und den Schutz von Geschäftsgeheimnissen in ihre Entscheidungsfindung einbeziehen. Dies gilt – primärrechtlich – auch bezogen auf die besondere Konstellation von Einlassungen von Kronzeugen im Kartellverfahren (oder der von diesen Übermittelten Dokumenten); hier kann sie (neben dem Aspekt der Selbstbindung durch die Leitlinien ihres Leniency-Programms) in die Abwägung mit einstellen, ob die effektive Durchsetzung des Unionskartellrechts durch den Schutz des Kronzeugenprogramms oder durch die Erleichterung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Schadensansprüchen vorzugswürdig ist. Dem Unionsgesetzgeber steht es primärrechtlich frei, hier regelnd einzugreifen und er hat dies mit Art. 5, 6 SE-RL getan, die allerdings nichts an dem Grundsatz ändern, dass ein Betroffener vor Weitergabe von Unterlagen oder Informationen an ein nationales Gericht zu hören ist und ihm mittels eines Weitergabebeschlusses die Möglichkeit eingeräumt werden muss, Rechtsschutz bei den Unionsgerichten zu suchen. Eine Pflicht der Europäischen Kommission, den

¹⁶¹² Vgl. auch Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7. November 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 63, 103, und *BKartA*, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle v. 25. Juli 2016, S. 19f.

¹⁶¹³ Vgl. dazu auch *Seifert*, NZKart 2017, 512, 515,

Zivilgerichten für ihr kontradiktorisches Verfahren Informationen zu beschaffen, die ihr selbst nicht vorliegen, besteht nicht.

7.2.4 Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte bezogen auf Stellungnahmen der Europäischen Kommission im Rahmen einer vom nationalen Gericht initiierten Konsultation

Soweit die Europäische Kommission auf Anfrage eines nationalen Zivilgerichts im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens eine Stellungnahme abgibt oder Informationen übermittelt, stellt sich die Frage, ob die nationalen Gerichte verpflichtet sind, diese maßgeblich (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. *Zuber*¹⁶¹⁴ ging noch davon aus, dass der *"Status von tatsächlichen und rechtlichen Stellungnahmen der Kommission im Zivilprozess noch nicht abschließend geklärt"* sei. Auch *Wright* hält auf der Grundlage ihrer Untersuchung die rechtliche Wirkung einer Stellungnahme für ungesichert.¹⁶¹⁵

*Wright*¹⁶¹⁶ bringt allerdings die Überlegung auf, ob es sich bei einer Stellungnahme der Europäischen Kommission vor einem nationalen Gericht nach Art. 15 VO 1/2003 bzw. Art. 29 VO 2015/1589 um ein Instrument *sui generis* handelt, welches außerhalb von Art. 288 Abs. 5 AEUV zu betrachten sein könnte. Für den deutschen Betrachter ist die Sichtweise vielleicht nicht naheliegend, denn Art. 15 VO 1/2003 und Art. 29 VO 2015/1589 greifen den Begriff der *"Stellungnahme"* auf, wie er auch in Art. 288 Abs. 5 AEUV zu finden und dort als *"unverbindlich"* eingeordnet ist. In der französischen Sprachfassung von Art. 288 Abs. 4 AEUV ist allerdings der Begriff *"Stellungnahme"* mit *"avis"* und der englischen Sprachfassung mit *"opinion"* bezeichnet, während in den Art. 15 VO 1/2003 und Art. 29 VO 2015/1589 der Begriff *"Stellungnahme"* in der französischen und englischen Fassung mit *"observation"* bezeichnet ist. Insoweit liegt also wirklich eine Abweichung vor und ist zu untersuchen, ob den Stellungnahmen i.S.d. Art. 15 VO 1/2003 und Art. 29 VO 2015/1589, was die Berücksichtigungspflicht nationaler Gerichte angeht, eine besonderer rechtlicher Charakter zukommt.

Wesentliches Ergebnis der Untersuchung in den Kapiteln 3, 5 und 6 war, dass bezogen auf bestehende und beabsichtigte Beschlüsse der Europäischen Kommission (bei

¹⁶¹⁴ *Zuber*, S. 115.

¹⁶¹⁵ *Wright*, S. 161: *"The legal effect of an opinion to a court is uncertain, especially as this type of opinion is unique in the EU order."*

¹⁶¹⁶ *Wright*, S. 105.

bestehender Sachverhaltsidentität) die Pflicht zu einer maßgeblichen Berücksichtigung (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) besteht¹⁶¹⁷ und im Übrigen von Äußerungen der Europäischen Kommission (nur) eine Orientierungsfunktion ausgeht. Dieses Ergebnis muss auch für die Antwort auf von den nationalen Gerichten gestellten Fragen gelten:

Für den unwahrscheinlichen Fall, dass die Europäische Kommission im Beschlusswege reagiert, aber auch in dem Fall, in dem die Europäische Kommission in ihrer Antwort auf einen bestehenden Beschluss verweist, geht von dem jeweiligen Beschluss eine (ggf. maßgebliche) Berücksichtigungspflicht aus.¹⁶¹⁸ Gleiches gilt, wenn sich aus der Antwort der Europäischen Kommission eine hinreichende Absicht zu einer relevanten Beschlussfassung ergibt.¹⁶¹⁹

Soweit die Antwort der Europäischen Kommission (oder einer ihrer Dienststellen) dagegen keinen Beschluss darstellt und – und dies ist entscheidend – auch nicht eine entsprechende Absicht ausweist, kann es (wie bei informellen Verwaltungsschreiben auch¹⁶²⁰) keine Pflicht zur maßgeblichen Berücksichtigung geben. Gerade weil kein formeller Beschluss vorliegt (und auch nicht hinreichend beabsichtigt wird), können hier wie dort die Defizite vielfältig sein und etwa in einer unzureichenden Sachverhaltsermittlung bestehen. Auch die Würdigung eines unterstellten Sachverhalts unterliegt diesem Verdacht, insbesondere weil nicht zwingend sämtliche relevante Dienststellen der Europäischen Kommission eingeschaltet wurden¹⁶²¹ und eine Entscheidungsfindung durch das Gremium der Kommissare nicht stattfindet. Damit gilt auch hier, dass gerade keine Vermutung der Richtigkeit besteht.¹⁶²² Auch wäre der effektive Rechtsschutz der potentiell von den Informationen und / oder Stellungnahmen der Europäischen Kommission belasteten Partei des Zivilrechtsstreits beeinträchtigt, wenn diese der Entscheidung des nationalen Gerichts maßgeblich zugrundegelegt werden könnten. Dies gilt sowohl für rechtliche Bewertungen durch die Europäische Kommission als auch für die Ergebnisse ihrer Sachverhaltsermittlung.

¹⁶¹⁷ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144) Fallgruppen 1, 2, 4.

¹⁶¹⁸ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), Fallgruppen 1 und 2 bei Beschlüssen mit Sachverhaltsidentität und Fallgruppe 3 bei Beschlüssen mit Sachverhaltsähnlichkeit.

¹⁶¹⁹ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), Fallgruppe 4.

¹⁶²⁰ S.o. Kap. 5 (ab Seite 264).

¹⁶²¹ S.o. 5.2.2 (ab Seite 269).

¹⁶²² *EuGH*, Urt. v. 11. Dezember 1973 – 120/73, ECLI:EU:C:1973:152 – Lorenz, Rn. 5f.

Letztlich kommt den gerichtlich angeforderten Stellungnahmen der Europäischen Kommission damit, soweit ihnen keine hinreichende Absicht zu einer Beschlussfassung zu entnehmen ist, nur eine Orientierungswirkung zu, die der parteiengerichteter, informeller Stellungnahmen ¹⁶²³ entspricht und im Einzelfall zu einer Vorlageverpflichtung beim *EuGH* nach Art. 267 AEUV führen kann¹⁶²⁴ aber nicht muss.¹⁶²⁵ Dabei mag die Orientierungsfunktion, gerade wenn sich die Äußerung auf einen konkreten Sachverhalt bezieht, stärker ausgeprägt sein, als bei allgemeinen Verwaltungsschreiben oder Mitteilungen. Dennoch kann aus dem im vorstehenden Absatz genannten Gründen auch hier ein Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen nicht gelten. Das nationale Gericht wird allerdings in besonderem Maße zu prüfen haben, ob die Äußerung der Europäischen Kommission eine Absicht zu einer Beschlussfassung deutlich werden lässt, für die dann gesteigerte Berücksichtigungspflichten (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) gelten würden.¹⁶²⁶

Eine – über das Primärrecht hinausgehende – Pflicht zur maßgeblichen Berücksichtigung von gerichtlich angefragten Stellungnahmen der Europäischen Kommission ergibt sich auch nicht aus dem Sekundärrecht.¹⁶²⁷ Art. 16 VO 1/2003 bezieht sich nur auf Beschlüsse und beabsichtigte Beschlüsse; eine entsprechende Regelung für gerichtlich abgefragte Stellungnahmen der Europäischen Kommission ist auch in Art. 15 VO 1/2003 und Art. 29 VO 2015/1589 nicht enthalten. Auch hat der Gemeinschaftsgesetzgeber in der Überschrift von Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 den Ausdruck "*einheitliche Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts*" ("*application uniforme*"; "*uniform application*") verwendet, während in Art. 15 VO 1/2003 und Art. 29 VO 2015/1589 auf eine solche Zielbestimmung in der Überschrift verzichtet wurde. Im Normtext selbst verweisen nur die Regelungen zu selbstinduzierten *amicus curiae*-Stellungnahmen der Europäischen Kommission in

¹⁶²³ S. 5.2.3 (ab Seite 272).

¹⁶²⁴ Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 90a, Rn. 16; Bartels, S. 104; A. Grimm, S. 235; Dividier, S. 514.

¹⁶²⁵ Europäische Kommission, Vorsch. BeiDVO 2012, S. 6: "*Die einzelstaatlichen Gerichte sind nicht verpflichtet, sich einer Stellungnahme der Kommission anzuschließen. Auch das Recht oder die Pflicht einzelstaatlicher Gerichte, den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung zu ersuchen (Artikel 267 AEUV), bleibt von dem neuen Artikel 23a unberührt.*"

¹⁶²⁶ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), Fallgruppe 4.

¹⁶²⁷ Sura in Langen/Bunte, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 4, auf dieser Grundlage: "*Allen Unterstützungsmaßnahmen der Kommission nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 ist gemein, dass sie für das ersuchende Gericht nicht bindend sind ...*"

Art. 15 Abs. 3 S. 3 VO 1/2003 und Art. 29 Abs. 2 VO 2015/1589 auf eine "*kohärente Anwendung*" ("*l'application cohérente*"; "*coherent application*") des materiellen Rechts, nicht aber die für gerichtlich angefragte Stellungnahmen.¹⁶²⁸ Zudem heben die Erwägungsgründe der VO 1/2003 hervor, dass diese weder in "*die nationalen Rechtsvorschriften über das Beweismaß noch die Verpflichtung der ... Gerichte der Mitgliedstaaten, zur Aufklärung rechtserheblicher Sachverhalte*" eingreifen will.¹⁶²⁹ Die Verwertung erhaltener Informationen erfolgt mithin nach den normalen Beweisregeln.¹⁶³⁰

Zusammenfassend lässt sich feststellen: Soweit die Europäische Kommission den Gerichten auf ihre Fragen antwortet, besteht keine Verpflichtung der nationalen Gerichte, zuwiderlaufende Entscheidungen zu vermeiden. Sie dürfen die Antworten der Europäischen Kommission auch nicht als notwendige Entscheidungsgrundlage heranziehen, sondern müssen, um effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen, zu einer eigenen, im Instanzenzug überprüfbaren Aussagen kommen. Die Antworten der Europäischen Kommission stellen allerdings einen (nicht bindenden) Orientierungspunkt dar, der eine Vorlage zum EuGH sinnvoll oder gar notwendig machen kann, falls das Gericht zu einer anderen Auffassung neigt. Etwas anderes gilt nur, wenn die Antwort der Europäischen Kommission als hinreichender Ausweis einer Absicht zu werten ist, einen relevanten Beschluss zu fassen, oder (was sehr ungewöhnlich wäre) selbst einen Beschluss darstellt.

7.2.5 Zusammenfassung

Die nationalen Gerichte trifft eine Pflicht zu einer Konsultation mit der Europäischen Kommission, wenn Anzeichen für deren hinreichende Absicht zu einem Beschluss besteht. Gleiches gilt, soweit es Fragen zu den Grundlagen, der Reichweite und der Richtigkeit eines Beschlusses gibt sowie beim Vorliegen von informellen Verwaltungsschreiben oder Mitteilungen, aus denen sich ergibt, dass die Europäische Kommission eine konkrete Situation anders bewertet als das nationale Gericht, wobei hier jeweils bei Frage der Auslegung und Gültigkeit des alternativ auch der EuGH nach Art. 267 AEUV angerufen werden kann bzw. muss. Eine Konsultationspflicht der nationalen, im kontradiktorischen Verfahren entscheidenden Zivilgerichte zur Sachverhaltsermittlung besteht grundsätzlich nicht. Einzig die SE-RL legt es für ihren

¹⁶²⁸ Vgl. auch den Anhang ab Seite 422.

¹⁶²⁹ VO 1/2003, Erwägungsgrund (5).

¹⁶³⁰ *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 25f, 29.

Anwendungsbereich an, dass sich die *Möglichkeit* einer Offenlegungsanordnung des nationalen Gerichts im nationalen Recht zu einer *Verpflichtung* hierzu verdichtet.

Die Pflicht der nationalen Gerichte zu Anfragen an die Europäische Kommission korrespondiert mit deren Pflicht zu einer Antwort, soweit nicht zwingende Gründe ihrer Funktionsfähigkeit oder der Schutzgüter des Art. 339 AEUV entgegenstehen. In den übrigen Fällen ergibt sich aus dem Loyalitätsgebots die Pflicht der Europäischen Kommission, eine Antwort ernsthaft zu erwägen, wobei sie primärrechtlich einen weiten Ermessensspielraum hat, eine Antwort abzulehnen und hierbei abzuwägen hat, ob die Antwort oder deren Verweigerung der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts mehr nützt; einzustellen sind auch die Güter der Aufrechterhaltung ihrer (sinnvollen) Selbstorganisation oder den Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Auch bezogen auf die besondere Konstellation von Einlassungen von Kronzeugen im Kartellverfahren kann sie (neben dem Aspekt der Selbstbindung durch die Leitlinien ihres Leniency-Programms) in die Abwägung mit einstellen, ob die effektive Durchsetzung des Unionskartellrechts durch den Schutz des Kronzeugenprogramms oder durch die Erleichterung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Schadensansprüchen vorzugswürdig ist. Dem Unionsgesetzgeber steht es zudem frei, hier regelnd einzugreifen und er hat dies mit Art. 5, 6 SE-RL getan. Eine Pflicht der Europäischen Kommission, den Zivilgerichten für ihr kontradiktorisches Verfahren Informationen zu beschaffen, die ihr selbst nicht vorliegen, besteht nicht.

Wenn die Europäische Kommission den Gerichten auf ihre Fragen antwortet, besteht keine Verpflichtung der nationalen Gerichte, zuwiderlaufende Entscheidungen zu unterlassen. Sie dürfen die Antworten der Europäischen Kommission auch nicht als notwendige Entscheidungsgrundlage heranziehen, sondern müssen zu einer eigenen Aussage kommen. Die Antworten der Europäischen Kommission stellen allerdings einen (nicht bindenden) Orientierungspunkt dar, der eine Vorlage zum EuGH sinnvoll oder gar notwendig machen kann. Etwas anderes gilt nur, wenn die Antwort der Europäischen Kommission als hinreichender Ausweis einer Absicht zu werten ist, einen relevanten Beschluss zu fassen, oder selbst einen Beschluss darstellt.

7.3 Von der Europäischen Kommission ausgehende Zusammenarbeit

7.3.1 Einführung

Durch (adressatengerichtete) Beschlüsse und informelle Verwaltungsschreiben wirkt die Europäische Kommission nur indirekt auf die Tätigkeit der nationalen Gerichte ein. Gleiches gilt letztlich auch für Mitteilungen, Leitlinien etc. mit Ausnahmen von Leitlinien die unmittelbar auf die Zusammenarbeit von Europäischer Kommission und

nationalen Gerichte zugeschnitten sind, wie etwa die BZKG85/86, deren Nachfolgerin, die BZKG101/102 oder auch die BZKGBei, die allerdings auch keine Äußerungen zum materiellen Recht enthalten.

Die vorstehend unter 7.2 dargestellten gerichtlich erbetenen Stellungnahmen haben (in der Regel) demgegenüber eine andere Qualität, soweit sie (wie im Regelfall) eine konkrete Frage zu einem konkreten Sachverhalt betreffen. In diese Kategorie fallen auch Stellungnahmen der Europäischen Kommission, die nicht auf eine Anfrage eines nationalen Gerichts erfolgen, sondern die die Europäische Kommission von sich aus abgibt.

Insoweit wird die Europäische Kommission auch als *amicus curiae* verstanden. Dieser – aus dem englischen Rechtsraum stammende und v.a. durch das US-Recht geprägte¹⁶³¹ – Begriff des *amicus curiae* wird oftmals als Beschreibung einer Drittstellungnahme/-intervention vor einem Gericht verwendet, wobei oft sowohl die gerichtlich angeforderten, als auch die selbstinduzierte Stellungnahme unter den Begriff subsummiert werden.¹⁶³² Im Unionswettbewerbsrecht wird der Begriff nicht verwendet und in den Rechtsordnungen, in denen er Verwendung findet, bezeichnet er oftmals eine Vielzahl unterschiedlicher Verfahrensbeteiligungsmöglichkeiten; er ist daher unscharf.¹⁶³³ Deshalb ist für die Untersuchung selbstinduzierter Stellungnahmen der Europäischen Kommission vor den nationalen Gerichten eine Fokussierung auf den Gehalt des Begriff *amicus curiae* nicht zielführend, sondern eine Untersuchung der konkreten Wirkungsweise dieses Instruments erforderlich. Im Folgenden wird der Begriff *amicus curiae* ausschließlich beschreibend für das Einbringen von Stellungnahmen und Informationen durch die Europäische Kommission aus eigenem Antrieb (selbstinduziert) in ein kontradiktorisches Zivilverfahren verstanden, an welchem die Europäische Kommission nicht als Partei oder Vertreterin einer Partei beteiligt ist.¹⁶³⁴ Dieses Vorgehen dokumentiert die Europäische Kommission (allerdings wohl nicht vollständig) auf ihrer Homepage, nicht aber im Amtsblatt.¹⁶³⁵

¹⁶³¹ Vgl. zur historischen Entwicklung des Rechtsinstituts der *amicus curiae*-Stellungnahme als Entwicklung aus dem anglo-amerikanischen Recht Kühne, S. 2f, 7ff.

¹⁶³² Zuck, NVwZ 2016, 1130, 1131.

¹⁶³³ Kühne, S. 169.

¹⁶³⁴ Eine so geartete Beteiligung des BKartA vor dem BGH bezeichnet das BKartA selbst als *amicus curiae*-Tätigkeit, vgl. BKartA, Jahresbericht 2015, S. 12, sowie BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760 v. 15. Juni 2017, S. 12f.

¹⁶³⁵ Wright, S. 105.

Im Folgenden wird zunächst primär-, dann sekundärrechtlich untersucht, inwieweit der Europäischen Kommission ein Recht zu einer selbstinduzierten Stellungnahme als *amicus curiae* vor den mitgliedstaatlichen Zivilgerichten zusteht (7.3.2). Danach folgt eine Untersuchung, inwieweit die nationalen Zivilgerichte solche Stellungnahmen bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen müssen (7.3.3).

7.3.2 Recht der Europäischen Kommission, von sich aus als *amicus curiae* vor den nationalen Zivilgerichten aufzutreten

(a) Primärrecht

Die herausgehobene Funktion, die der Europäischen Kommission bei der Überwachung des mitgliedstaatlichen Durchführung des Wettbewerbsrechts der Union zukommt, lässt sich primärrechtlich auf Art. 17 EUV¹⁶³⁶ sowie Art. 101ff AEUV (insbesondere Art. 105 Abs. 1 S. 1 AEUV) und Art. 107ff AEUV¹⁶³⁷ zurückführen. Der aus dem Loyalitätsgebot abgeleitete Kohärenzgedanke¹⁶³⁸ spricht dafür, dass die Europäische Kommission von sich aus mittels Stellungnahme in Zivilrechtsstreitigkeiten eingreifen können sollte, um auf eine einheitliche Anwendung des Unionswettbewerbsrechts hinzuwirken und dabei das öffentliche Interesse an dessen wirksamer¹⁶³⁹ Durchsetzung zu vertreten.

Zu beachten ist allerdings, dass das Primärrecht der Europäischen Kommission kein Weisungsrecht gegenüber den nationalen Zivilgerichten einräumt. Vielmehr sind die nationalen Gerichte – in den in vorstehend beschriebenen Grenzen – zu einer autonomen Anwendung des Unionswettbewerbsrechts aufgerufen.¹⁶⁴⁰ Zudem sind die Besonderheiten des zivilrechtlichen kontradiktorischen Verfahrens zu berücksichtigen. Wie bereits oben dargestellt,¹⁶⁴¹ ist mit Blick auf die Grundsätze eines fairen Verfahrens (Art. 47 ChartaGR) schon im Primärrecht (auch) für das Zivilverfahren ein ausgeglichenes Verhältnis von Angriffs- und Verteidigungsmitteln angelegt. Aus dem Primärrecht kann keine Verschiebung zu Gunsten der Verfahrensrechte der einen oder anderen Partei dadurch abgeleitet werden, dass die Europäische Kommission zu ihren Gunsten in das zivilrechtliche Verfahren eingreift. So wie der *EuGH* für das Fragerecht

¹⁶³⁶ S.o. 3.3.2(b) (ab Seite 85).

¹⁶³⁷ S.o. 3.3.2(c) (ab Seite 92).

¹⁶³⁸ S.o. 3.3.2(b), dort insbes. Seiten 86 und 91.

¹⁶³⁹ S.o. 3.3.2(c)(i) (ab Seite 92).

¹⁶⁴⁰ S.o. 2.3.3 (ab Seite 38).

¹⁶⁴¹ S.o. 7.2.2(b) (ab Seite 313).

der nationalen Gerichte die Vereinbarkeit mit den nationalen Verfahrensbestimmungen vorausgesetzt hat,¹⁶⁴² ist daher auch für proaktive Stellungnahme der Europäischen Kommission im kontradiktorischen Zivilverfahren anzunehmen, dass diese durch das Primärrecht nicht *per se* ermöglicht werden.¹⁶⁴³ Diese Sichtweise wird unterstützt durch die Erwägungsgründe des Unionsgesetzgebers, der sich bei der Schaffung der sekundärrechtlichen *amicus curiae*-Regelung im Beihilfenrecht nicht auf bestehendes Primärrecht berief, sondern ausdrücklich die Möglichkeit einer *amicus curiae*-Stellungnahme schaffen wollte.¹⁶⁴⁴ Auch der *EuGH* hat bei der Frage der Reichweite des Beteiligungsrechts der Europäischen Kommission auf das Sekundärrecht fokussiert und dieses nicht aus dem Loyalitätsgebot abgeleitet (sondern es nur in dessen Rahmen gesehen).¹⁶⁴⁵ Schließlich sieht auch die Europäische Kommission in der sekundärrechtlichen *amicus curiae*-Regelung ein zusätzlich eingeführtes Recht.¹⁶⁴⁶

Damit kann das Recht zu *amicus curiae*-Stellungnahmen der Europäischen Kommission, auch wenn solche zur Vernetzung von Verwaltungs- und Zivilverfahren hilfreich sind¹⁶⁴⁷ und damit rechtspolitisch sinnvoll erscheinen, nicht aus dem Primärrecht hergeleitet werden. Da der Union die alleinige Gesetzgebungskompetenz für das Wettbewerbsrecht und insbesondere der Ausgestaltung des Verhältnisses von Europäischer Kommission und nationalen Gerichte zukommt,¹⁶⁴⁸ ist es dem Unionsgesetzgeber aber möglich, hier regelnd einzugreifen und mittels Sekundärrecht ein Stellungnahmerecht für die Europäische Kommission vorzusehen.

Dieses Ergebnis hat vor allem für den Bereich der Fusionskontrolle Bedeutung, denn anders als für das Kartell- und Beihilfenrecht ist eine *amicus curiae*-Stellungnahme der Europäischen Kommission hier sekundärrechtlich nicht vorgesehen.

¹⁶⁴² S.o. Fn. 1487 (Seite 314).

¹⁶⁴³ Es ist allerdings auch nicht festzustellen, dass das Primärrecht solche Stellungnahmen verbietet, soweit sie durch nationales Recht – wie etwa § 90a Abs. 2 GWB – ermöglicht werden.

¹⁶⁴⁴ VO 2015/1589, Erwägungsgrund (37); VO 734/2013, Erwägungsgrund (18).

¹⁶⁴⁵ *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2009 – C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359 – Inspecteur van de Belastingdienst, Rn. 19ff.

¹⁶⁴⁶ Bezogen auf die beihilfenrechtliche *amicus curiae*-Möglichkeit, Bericht Kom 2016 SWP, S. 31.

¹⁶⁴⁷ *BKartA*, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760 v. 15. Juni 2017, S. 13.

¹⁶⁴⁸ S.o. 2.3.1(a) (ab Seite 29).

(b) Sekundärrecht

(i) Grundsätzliches Recht zur Stellungnahme

Für das Unionskartellrecht ermöglicht Art. 15 Abs. 3 S. 3 bis 5 VO 1/2003 und für das Beihilfenrecht Art. 29 Abs. 2 VO 2015/1589 eine selbstinduzierte Teilnahme der Europäischen Kommission an nationalen Gerichtsverfahren als *amicus curiae* (für das Fusionskontrollrecht ist entsprechendes nicht vorgesehen). Die vom Wortlaut sehr ähnlichen Normen, die zunächst ein schriftliches Stellungnahmerecht regeln, setzen von ihrem Wortlaut her beide voraus, dass die Stellungnahme für die kohärente Anwendung des jeweiligen materiellen Rechts (Art. 101, 102 bzw. Art. 107 Abs. 1, 108 AEUV) erforderlich ist. Mündlich soll sich die Europäische Kommission nur mit Erlaubnis des Gerichts äußern dürfen.¹⁶⁴⁹ Art. 29 Abs. 2 UA 2 VO 2015/1589 sieht zudem vor, dass eine schriftliche Stellungnahme angekündigt werden muss.

Die Europäische Kommission kann damit (zumindest schriftlich) proaktiv tätig werden, auch bereits in der ersten Instanz,¹⁶⁵⁰ und muss also keine Einladung des nationalen Gerichts oder gar die Übermittlung eines Urteils abwarten, wie sie nach Art. 15 Abs. 2 VO 1/2003 vorgesehen ist.

Der Wortlaut von Art. 15 Abs. 3 UA 2 VO 1/2003 ("*Beurteilung des Falls*") bzw. von Art. 29 Abs. 2, letzter Satz VO 2015/1589 ("*Beurteilung der Beihilfesache*") machen deutlich, dass die Stellungnahme der Europäischen Kommission nur mit Verfahrensbezug abgegeben werden darf, "*fallunabhängige Rundschreiben*" an die Gerichte scheiden dagegen aus.¹⁶⁵¹

Ebenso ist die Europäische Kommission nicht berechtigt, neue Tatsachen in den Rechtsstreit einzuführen.¹⁶⁵² Dies ergibt sich aus einem Vergleich der sekundärrechtlichen Regelung für gerichtlich angeforderten Input i.S.d. Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 und des Art. 29 Abs. 1 VO 2015/1589 ("*Informationen*" und

¹⁶⁴⁹ Nach § 90a Abs. 2 GWB ist für Verfahren auf der Grundlage von Art. 101, 102 AEUV vor deutschen Gerichten eine Zustimmung nicht erforderlich.

¹⁶⁵⁰ *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 32 mit richtiger Berufung auf *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 5. März 2009 – C-429/07, ECLI:EU:C:2009:130 – *Inspecteur van de Belastingdienst*, Rn. 47.

¹⁶⁵¹ *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 9.

¹⁶⁵² *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 30.

"*Stellungnahmen*")¹⁶⁵³ mit den Regelungen für proaktive Stellungnahmen i.S.d. Art. 15 Abs. 3 UA 1, S. 3 VO 1/2003 und des Art. 29 Abs. 2 VO 2015/1589,¹⁶⁵⁴ wo nur der Begriff der "*Stellungnahme*" verwendet wird. Dieser bezieht sich auf eine rechtliche Würdigung,¹⁶⁵⁵ die selbstverständlich abstrakt oder auf der Grundlage eines unterstellten Sachverhalts vorgenommen werden kann. Allerdings ist es möglich, dass solche Stellungnahmen mit Informationen über tatsächliche Umstände verknüpft sind, also "*wirtschaftliche, sachliche und rechtliche Aspekte betreffen*".¹⁶⁵⁶

Faktisch ist es allerdings nicht ausgeschlossen, dass die Stellungnahme der Europäischen Kommission zusätzliche Informationen enthält, denn die Wahrscheinlichkeit, dass die Europäische Kommission mit der Sache vorbefasst war, ist hoch.¹⁶⁵⁷ Die Europäische Kommission will sich bei ihren "*Stellungnahmen*" ausdrücklich nicht nur auf eine rechtliche Analyse beschränken, sondern auch eine "*wirtschaftliche ... Analyse des Sachverhalts, der dem vor dem einzelstaatlichen Gericht anhängigen Fall zugrunde liegt*" vornehmen.¹⁶⁵⁸ Aufgrund der eindeutigen Beschränkung auf "*Stellungnahmen*" in Art. 15 Abs. 3 UA 1, S. 3 VO 1/2003 und des Art. 29 Abs. 2 S. 1 VO 2015/1589 und der Beschränkung auf die "*Beurteilung des Falls*" in Art. 15 Abs. 3 UA 2 VO 1/2003 bzw. die "*Beurteilung der Beihilfesache*" in Art. 29 Abs. 2, letzter Satz VO 2015/1589 muss sie aber der Versuchung widerstehen, hier neue Sachverhaltselemente einzubringen

Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 und Art. 29 Abs. 2 VO 2015/1589 vermitteln also der Europäischen Kommission ein Recht zu einer selbstinduzierten Stellungnahme, wobei sie sich auf eine Bewertung des gerichtsbekannten Sachverhalts konzentrieren muss.

¹⁶⁵³ Vgl. BZKG101/102, Rn. 29: "*Bei ihrer Stellungnahme beschränkt sich die Kommission darauf, dem einzelstaatlichen Gericht die erbetenen Sachinformationen zu erteilen bzw. die gewünschte wirtschaftliche oder rechtliche Klarstellung zu geben, ohne auf den Klagegrund des anhängigen Verfahrens einzugehen.*"

¹⁶⁵⁴ So A. Grimm, S. 190f, richtig auf der Grundlage eines Wortlautvergleichs ("*Informationen*" sind nur in Abs. 1 erwähnt) und einer systematischen Auslegung (Erfordernis eine "*kohärenten Anwendung*" erfordert keine Übermittlung von Informationen).

¹⁶⁵⁵ A. Grimm, S. 184.

¹⁶⁵⁶ A. Grimm, S. 183, 190, für Stellungnahmen i.S.d. Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003, aber ausdrücklich ablehnend, dass Stellungnahmen nach Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 Informationen enthalten dürfen.

¹⁶⁵⁷ A. Grimm, S. 227.

¹⁶⁵⁸ BZKG101/102, Rn. 32.

(ii) Grenzen

(A) Öffentliches Interesse und Kohärenzerfordernis

Als *amicus curiae* darf die Europäische Kommission nicht als Unterstützer einer Partei, sondern nur im öffentlichen Interesse tätig werden.¹⁶⁵⁹ Insoweit geben die Erwägungsgründe der beihilfenrechtlichen Verordnungen¹⁶⁶⁰ auch den Hintergrund von VO 1/2003 wieder, wie er sich aus den Erwägungen der Europäischen Kommission im Vorschl. Kom. DVO81/82 zum späteren Art. 15 VO 1/2003 ergibt. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum die Europäische Kommission ein Stellungnahmerecht zur Durchsetzung von Partikularinteressen erhalten sollte.¹⁶⁶¹

Vor diesem Hintergrund ist nachvollziehbar, dass die Europäische Kommission – wie sich auch aus BZKG101/102¹⁶⁶² und BZKGBei¹⁶⁶³ ergibt – vor einer Stellungnahme keine Anhörung der Parteien durchführt und für den Fall, dass im Vorfeld einer Stellungnahme doch Kontakt mit einer Partei aufgenommen wurde, dies dem Gericht mitgeteilt wird.¹⁶⁶⁴ *Nothdurft*¹⁶⁶⁵ weist zu Recht darauf hin, dass eine Anhörung von Parteien vor einer Stellungnahme der Europäischen Kommission zu einer Verlagerung des Verfahrens vor diese führen würde.

Art. 15 Abs. 3 UA 1, S. 3 VO 1/2003 und Art. 29 Abs. 1 S. 1 VO 2015/1589 benennen ausdrücklich das Erfordernis einer kohärenten Anwendung als Voraussetzung für ein Stellungnahmerecht der Europäischen Kommission. *Nothdurft*¹⁶⁶⁶ geht dennoch davon aus, dass die Gefährdung des Kohärenzziels nicht von der Europäischen Kommission darzulegen ist.

Dies ist nach hier vertretener Auffassung nicht zutreffend: Zwar lässt sich hören, dass dieses Kriterium "wenig trennscharf"¹⁶⁶⁷ ist oder der Europäischen Kommission hier ein

¹⁶⁵⁹ BZKG101/102, Rn. 19; vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 7. August 2017 - 6 B 3.17, ECLI:DE:OVGBEBB:2017:0804.6B3.17.00 – juris, Rn. 8.

¹⁶⁶⁰ VO 2015/1589, Erwägungsgrund (38); VO 734/2013, Erwägungsgrund (19). Ebenso BZKGBei, Rn. 80.

¹⁶⁶¹ *EuGH*, Urt. v. 7. Dezember 2010 – C-439/08, ECLI:EU:C:2010:739 – VEBIC, Rn. 55.

¹⁶⁶² BZKG101/102, Rn. 19, 30.

¹⁶⁶³ BZKGBei, Rn. 80, 96.

¹⁶⁶⁴ BZKG101/102, Rn. 19.

¹⁶⁶⁵ *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 38.

¹⁶⁶⁶ *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 8a.

¹⁶⁶⁷ *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 8a.

weiter¹⁶⁶⁸ oder "*schwerlich justizierbar*"¹⁶⁶⁹ Ermessensspielraum zukommt, und es mag diskutiert werden, ob der Gesetzgeber das Stellungnahmerecht der Europäischen Kommission in Satz 3 anders ausgestalten wollte als das der nationalen Behörden in Satz 1.

Der *EuGH* hat jedoch überzeugend dargelegt, dass schon die "*grammatikalische[n] Auslegung*" dafür spricht, "*dass die Befugnis der Kommission, von sich aus den Gerichten der Mitgliedstaaten schriftliche Stellungnahmen zu übermitteln, allein unter dem Vorbehalt steht, dass die kohärente Anwendung der Art. 81 EG oder 82 EG dies erfordert*".¹⁶⁷⁰ Auch wenn der *EuGH* im dortigen Fall vornehmlich ein erweitertes Verständnis der Befugnisse der Europäischen Kommission (auf Fälle der Frage der Besteuerung von Bußgeldern) begründen wollte, ändert dies nichts an dem impliziten Befund eines selbständigen Erfordernisses.

Dieses Ergebnis wird unterstützt durch die Einführung des Art. 23a Abs. 2 VO 659/1999, heute Art. 29 Abs. 2 VO 2015/1589, durch die VO 734/2013. Hier wurde das Erfordernis "*Sofern es die kohärente Anwendung ... erfordert*" zu einer Zeit übernommen, in der die soeben zitierten Entscheidung *Inspecteur van de Belastingdienst* des *EuGH* bezogen auf die VO 1/2003 bereits vorlag. Das Ergebnis bestätigen auch die Erwägungsgründe der VO 2015/1589¹⁶⁷¹ sowie die Reihung von Art. 15 Abs. 3 UA 1 VO 1/2003 – erst das Stellungnahmerecht der nationalen Behörden ohne, dann das Stellungnahmerecht der Europäischen Kommission mit der Einschränkung des Kohärenzziels.

Dies macht es wahrscheinlich, dass der Gemeinschafts-/Unionsgesetzgeber diesem Merkmal eine eigenständige Bedeutung zumessen wollte, auch wenn sich aus den

¹⁶⁶⁸ *Bartels*, S. 119.

¹⁶⁶⁹ *A. Grimm*, S. 151, die aber auf S. 190f v.a. mit Verweis auf die Genese der Vorschrift für eine Relevanz des Merkmals plädiert; auf S. 228ff, weist sie darauf hin, dass *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2009 – C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359 – *Inspecteur van de Belastingdienst*, zu einem sehr weiten Verständnis des Begriffs des Kohärenzerfordernis geführt hat, weil auch nur ein mittelbares Betroffensein von Art. 101 oder Art. 102 AEUV ausreichen soll, und steht dem kritisch gegenüber.

¹⁶⁷⁰ *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2009 – C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359 – *Inspecteur van de Belastingdienst*, Rn. 30.

¹⁶⁷¹ VO 2015/1589, Erwägungsgrund (38): "*Die Kommission sollte sich nur dann aus eigener Initiative äußern, wenn dies für die kohärente Anwendung des Artikels 107 Absatz 1 oder des Artikels 108 AEUV erforderlich ist, insbesondere in Fällen, die für die Vollstreckung oder Weiterentwicklung der Rechtsprechung der Union zum Beihilferecht von Bedeutung sind.*" (Hervorhebung nur hier)

Gesetzesmaterialien zur VO 1/2003 hierzu nichts ergibt.¹⁶⁷² Die Erfüllung dieses Merkmals ist daher Voraussetzung für eine Stellungnahme der Europäischen Kommission. Auch die Europäische Kommission scheint hiervor auszugehen¹⁶⁷³ und nimmt zumindest zum Teil das Kohärenzziel in ihre *amicus curiae*-Stellungnahmen mit auf.¹⁶⁷⁴

Nun ließe sich argumentieren, dass es auf diese Frage nicht ankommt, soweit angenommen wird, dass der Stellungnahme ohnehin keine "*Bindungswirkung*" für die nationalen Gerichte zukommt.¹⁶⁷⁵ Wenn also das nationale Gericht ohnehin eine zuwiderlaufende Entscheidung treffen dürfte, käme es – so könnte argumentiert werden – auf die (vom nationalen Gericht ohnehin nur begrenzt überprüfbare) Beurteilung der Europäischen Kommission zum Kohärenzerfordernis nicht an. Dennoch können dem nationalen Gericht (sowie auch ggf. dem EuGH, wenn das nationale Gericht vorlegt) Ausführungen der Europäischen Kommission zum Kohärenzziel helfen, die Stellungnahme der Europäischen Kommission – auch soweit ihr nur Orientierungswirkung zukäme¹⁶⁷⁶ – geeignet zu berücksichtigen, d.h. den Grad ihrer Relevanz zu bestimmen.

Der Wortlaut von § 90a Abs. 2 GWB sieht die Einschränkung durch das Kohärenzziel nicht vor. Hieraus könnte der Schluss gezogen werden, dass dies die Befugnis der Europäischen Kommission gegenüber deutschen Gerichten erweitert. Dies gilt umso mehr, als – wie *Nothdurft*¹⁶⁷⁷ hervorhebt – der deutsche Gesetzgeber eine

¹⁶⁷² Wright, S. 158: "Some Member States took positions on NCAs acting as intermediaries of the Commission, but there is nothing specific about the differentiated circumstances in which NCAs and the Commission would intervene."

¹⁶⁷³ Bericht Kom 2013 SWP, Rn. 249 (Hervorhebung nur hier): "The scope of issues on which the Commission can take a position as *amicus curiae* is broadly defined in Article 15(3) of Regulation 1/2003. The provision empowers the Commission to intervene on its own initiative whenever the coherent application of the EU competition rules so requires."

¹⁶⁷⁴ *Amicus curiae*-Stellungnahme der Europäischen Kommission gegenüber dem belgischen Verfassungsgericht v. 8. März 2012 in der Sache Tessenderlo Chemie vs Belgische Staat, Rn. 16: "The Commission points out that it is submitting observations under Article 15(3) of Regulation No 1/2003 only to the extent that the coherent application of Articles 101 and 102 TFEU so requires." Verweise auf das Kohärenzerfordernis enthält bspw. auch die *amicus curiae*-Stellungnahme der Europäischen Kommission gegenüber dem französischen Cour de Cassation v. 27. Februar 2015, sj.b(2015)961382, in der Sache L'Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE) u.a. gegen Ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, Rn. 1ff.

¹⁶⁷⁵ Schmidt in Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 15 Rn. 102.

¹⁶⁷⁶ S.u. zur Frage einer Berücksichtigungspflicht oder Orientierungswirkung 7.3.3 (ab Seite 358).

¹⁶⁷⁷ Nothdurft in MüKo GWB, § 90a, Rn. 1.

"Übererfüllung der unionsrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 15 VO 1/2003 durch Erweiterung der Befugnisse der" Europäischen Kommission "entsprechend den Befugnissen des" BKartA wollte. Allerdings bezieht sich ausweislich der Gesetzesbegründung die Übererfüllung nur auf die Frage der Teilnahme der Europäischen Kommission an der mündlichen Verhandlung¹⁶⁷⁸ und dient im Übrigen wohl nur der "Umsetzung von Art. 15 VO 1/2003".¹⁶⁷⁹ Bechtold/Bosch¹⁶⁸⁰ sehen die Befugnis der Europäischen Kommission zudem durch den vorrangigen Art. 15 VO 1/2003 eingeschränkt,¹⁶⁸¹ so dass eine Wiederholung des Kohärenzerfordernisses "nicht erforderlich" war. Tatsächlich sprechen die oben zitierten Gesetzesmaterialien dafür, dass nur eine (durch das Kohärenzerfordernis) eingeschränkte Stellungnahmemöglichkeit durch die Europäische Kommission vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewollt war. Dies wird auch durch Art. 15 Abs. 4 VO 1/2003 gestützt, wonach den nationalen Wettbewerbsbehörden nach nationalem Recht "umfassendere Befugnisse zur Abgabe von Stellungnahmen vor einem Gericht" durch diesen Artikel nicht berührt werden, weitergehende Befugnisse der Europäischen Kommission aber nicht erwähnt werden.

Selbst wenn in § 90a GWB ein wirksamer Verzicht auf das Kohärenzerfordernis gesehen würde, gälte dies selbstverständlich nur für Art. 101 und Art. 102 AEUV, nicht aber für das Beihilfenrecht, welches § 90a GWB nicht erfasst.

(B) *Beteiligungsrecht der Europäischen Kommission soweit Wettbewerbsrecht nur am Rande betroffen ist*

In der Entscheidung *Inspecteur van de Belastingdienst*¹⁶⁸² setzte sich der *EuGH* mit der Frage auseinander, "ob die Kommission nach Art. 15 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1/2003 befugt ist, von sich aus einem einzelstaatlichen Gericht eine schriftliche Stellungnahme in einem Verfahren zu übermitteln, in dem es darum geht, ob eine Geldbuße, die die Kommission wegen Verstoßes gegen Art. 81 EG oder 82 EG verhängt hat, insgesamt oder teilweise von dem steuerbaren Gewinn abgezogen werden kann", was er im Ergebnis bejaht. Die Voraussetzung der Beteiligung der Europäischen Kommission, "die kohärente Anwendung der Art. 81 EG oder 82 EG", könne "auch

¹⁶⁷⁸ BT-Drs. 15/3640 v. 7. Juni 2004, S. 70. So versteht es auch A. Grimm, S. 153f.

¹⁶⁷⁹ BT-Drs. 15/3640 v. 7. Juni 2004, S. 69.

¹⁶⁸⁰ Bechtold/Bosch, GWB, § 90a, Rn. 3.

¹⁶⁸¹ Ähnlich O. Weber in Schulte/Just, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 5, allerdings wohl bezogen auf Abs. 1: "Art. 15 ist die Ermächtigungsgrundlage für die Weitergabe von Informationen an die nationalen Gerichte".

¹⁶⁸² *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2009 – C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359 – *Inspecteur van de Belastingdienst*, Rn. 19ff

dann erfüllt sein, wenn das betreffende Verfahren nicht die Anwendung der Art. 81 EG oder 82 EG betrifft." Satz vier von Erwägungsgrund (21) stehe dem ebenso nicht entgegen, wie die BZKG101/102 (Rn. 31 bis 35) "wonach die Kommission zur Anwendung der Art. 81 EG oder 82 EG schriftliche Stellungnahmen übermitteln kann", die jeweils keinen Vorrang vor der Regelung Verordnung selbst hätten. Daher sei "Art. 15 Abs. 3 Unterabs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 1/2003 dahin auszulegen, dass die Kommission nach dieser Bestimmung befugt ist, von sich aus einem einzelstaatlichen Gericht eine schriftliche Stellungnahme in einem Verfahren zu übermitteln, in dem es darum geht, ob eine Geldbuße, die die Kommission wegen Verstoßes gegen Art. 81 EG oder 82 EG verhängt hat, insgesamt oder teilweise von dem steuerbaren Gewinn abgezogen werden kann."

Grimm¹⁶⁸³ ist der Auffassung, dass dies fragwürdig sei. Ihr ist zuzustimmen, dass Art. 15 Abs. 2 und 3 S. 1 VO 1/2003 von der "Anwendung des Artikels 81 und 82 des Vertrags" sprechen und eben nicht von anderen Regelungen, die in Folge der Anwendung von Art. 101, 102 AEUV relevant werden. Grimm ist allerdings auch der Auffassung, dass die weite Auslegung des *EuGH* im Widerspruch zur Genese der Vorschrift stehe. Die teleologische Begründung des *EuGH*, ein Stellungnahmerecht der Europäischen Kommission diene der effektiven Durchsetzung des EU-Kartellrechts (hier mittels Bußgelder) sei nicht tragend, da in Frage stehe, ob dieser Telos wirklich dem EU-gesetzgeberischen Willen entsprach.

Richtig ist, dass die Funktion der Europäischen Kommission als *primus inter pares* dort enden muss, wo ihre Kompetenz endet.¹⁶⁸⁴ Anders sind auch Art. 15 VO 1/2003 und Art. 29 VO 2015/1589 nicht zu verstehen. Soweit allerdings durch nationale Regelungen oder Praktiken den Grundsätzen von Äquivalenz und Effektivität in Bezug auf das Unionswettbewerbsrecht nicht genügen getan würde, lässt sich mit dem *EuGH* argumentieren, dass dies von der sekundärrechtlichen Befugnis der Europäischen Kommission zu selbstinduzierten *amicus curiae*-Stellungnahmen erfasst sein sollte. Dies kommt in dem auf Art. 101, 102 bzw. Art. 107 Abs.1, Art. 108 AEUV bezogene Kohärenzerfordernis¹⁶⁸⁵ zu Ausdruck. Soweit es also etwa um die Frage geht, ob steuerrechtliche Regelungen einer effizienten Durchsetzung des Unionskartellrechts im

¹⁶⁸³ A. Grimm, S. 207ff.

¹⁶⁸⁴ S.o. 3.3.3(c) (ab Seite 110).

¹⁶⁸⁵ S.o. (A) (ab Seite 350).

Wege stehen, kann dies vom Kohärenzerfordernis erfasst und eine Stellungnahmemöglichkeit der Europäischen Kommission eröffnet sein.

(C) *Geltung der nationalen Verfahrensregeln*

Die Europäische Kommission geht in der BZKG101/102¹⁶⁸⁶ davon aus, dass ihre Rechte als *amicus curiae* nicht durch "einzelstaatlichen Vorschriften eingeschränkt" werden dürften, sondern die Mitgliedstaaten im Gegenteil unterstützende Verfahrensvorschriften zu erlassen haben. Dies ist für Deutschland mit § 90a GWB auch geschehen.

Sowohl Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 als auch Art. 29 VO 2015/1589 sehen allerdings keine grundsätzlichen Eingriffe in das zivilprozessuale Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten vor. Insbesondere die Verhandlungsmaxime sollte unangetastet bleiben.¹⁶⁸⁷ Daher gilt auch für die VO 1/2003 die für das Beihilfenrecht in den Erwägungsgründen formulierte¹⁶⁸⁸ Selbstverständlichkeit, dass sich die Europäische Kommission an die "einzelstaatlichen Verfahrensregeln und Gepflogenheiten, einschließlich derjenigen, die die Wahrung der Rechte der Parteien betreffen," halten muss. Die Europäische Kommission wird weder Partei, noch kann sie in die Dispositionsmaxime, also die Hoheit der Parteien über den Streitgegenstand eingreifen,¹⁶⁸⁹ noch hat sie das Recht, dass eigens für sie die mündliche Verhandlung wieder eröffnet oder ein eigener Termin zur mündlichen Stellungnahme anberaumt wird.¹⁶⁹⁰ In solchen Fälle kann – soweit dies die nationale Verfahrensordnung vorsieht – das Gericht eine Stellungnahme der Europäischen Kommission im Grundsatz auch ablehnen, wird aber in der Regel "mit Blick auf den Grundsatz der gemeinschaftsrechtlichen Treuepflichten aus Art. 4 Abs. 3 EUV ein solches Begehren nur in Ausnahmefällen abschlägig bescheiden."¹⁶⁹¹ Am Beibringungsgrundsatz ändert sich nichts.¹⁶⁹²

¹⁶⁸⁶ BZKG101/102, Rn. 17.

¹⁶⁸⁷ Kühne, S. 284.

¹⁶⁸⁸ VO 2015/1589, Erwägungsgrund (38); VO 734/2013, Erwägungsgrund (19).

¹⁶⁸⁹ Nothdurft in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 29.

¹⁶⁹⁰ Bechtold/Bosch, GWB, § 90a, Rn. 5.

¹⁶⁹¹ Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 16.

¹⁶⁹² Grimm, 238ff.

Für Deutschland ist bei gerichtlichen Verfahren aufgrund von Art. 101, 102 AEUV – entgegen der Regelung von Art. 15 Abs. 2 VO 1/2003 – ein Ablehnen einer Stellungnahme der Europäischen Kommission in der mündlichen Verhandlung mit Blick auf § 90a GWB nicht zulässig, da ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁶⁹³ eine *"mündliche Stellungnahme"* der Europäischen Kommission *"auch ohne ausdrückliche Erlaubnis des betreffenden Gerichts"* möglich ist.

(D) *Begrenztes Akteneinsichtsrecht der Europäischen Kommission*

Nach Art. 15 Abs. 3 UA 2 VO 1/2003 kann die Europäische Kommission *"zum ausschließlichen Zweck der Ausarbeitung ihrer Stellungnahmen ... das betreffende Gericht des Mitgliedstaats ersuchen, ihnen alle zur Beurteilung des Falls notwendigen Schriftstücke zu übermitteln oder für deren Übermittlung zu sorgen."*¹⁶⁹⁴ Art. 29 Abs. 2 UA 3 VO 2015/1589 enthält eine vergleichbare Regelung.

Art. 15 Abs. 3 UA 2 VO 1/2003 und Art. 29 Abs. 2 UA 3 VO 2015/1589 enthalten zudem Verwendungsbeschränkungen die bedeuten, dass die der Europäischen Kommission übermittelten Unterlagen nicht unmittelbar in deren Verwaltungsverfahren einfließen, sondern nur zum ausschließlichen Zweck der *amicus curiae*-Beteiligung verwendet werden dürfen, was als Beweisverwertungsverbot zu verstehen ist.¹⁶⁹⁵

In der Praxis werden die Gerichte bei einer Anfrage der Europäischen Kommission dieser die gesamte Verfahrensakte übermitteln.¹⁶⁹⁶ Allerdings kann die Verpflichtung nicht unbeschränkt gelten. Hinsichtlich Unterlagen, deren Inhalt unproblematisch Gegenstand öffentlicher Verhandlung war oder werden wird, dürften in der Regel keine Bedenken bestehen. Unterliegen dagegen Unterlagen oder Informationen zivilprozessualen Geheimnisschutzregelungen, sind diese – wie anderes nationales Verfahrensrecht auch¹⁶⁹⁷ – zu beachten:

Trotz des o.g. Beweisverwertungsverbots der Europäischen Kommission besteht die Gefahr, dass die Europäische Kommission Erkenntnisse aus solchen Unterlagen –

¹⁶⁹³ BT-Drs. 15/3640 v. 7. Juni 2004, S. 70.

¹⁶⁹⁴ Im deutschen Recht ist diese Verpflichtung in § 90a Abs. 2 GWB wiederholt.

¹⁶⁹⁵ *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 36.

¹⁶⁹⁶ *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 17.

¹⁶⁹⁷ S.o. (C) (ab Seite 355).

ähnlich Zufallsfunden bei Durchsuchungen – zum Anlass eigener Untersuchungen nehmen und mithin zum Nachteil der betroffenen Partei einsetzen wird.¹⁶⁹⁸ Selbst wenn aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 15 Abs. 3 UA 2 VO 1/2003 und Art. 29 Abs. 2 UA 3 VO 2015/1589 ("*ausschließlich für*") und im Vergleich mit Art. 12 Abs. 2 VO 1/2003 argumentiert werden könnte, dass die im Rahmen der *amicus curiae*-Stellungnahme erhaltenen Unterlagen auch in dieser Art und Weise nicht von der Europäischen Kommission weiter verwendet werden dürfen, lässt sich eine faktische Wirkung auf die Beamten der Europäischen Kommission nicht ausschließen, anlässlich der erhaltenen Informationen weitergehende Untersuchungen (z.B. eine Sektoruntersuchung) zu initiieren, um auf diese Weise (vermeintlich) unzulässiges Verhalten aufgrund Betrachtung untersuchen und letztlich doch ahnden zu können.

Soweit das Zivilprozessrecht die nicht- bzw. beschränkt-öffentliche Einbringung von Unterlagen und Informationen in das kontradiktorische Verfahren vor dem Zivilgericht ermöglicht, folgt dies einem in jahrzehntelanger Praxis austariertem System mit dem Ziel, die Interessen der Prozessgegner zum Ausgleich zu bringen. Wenn nun eine Partei fürchten muss, dass bestimmte sensitive Informationen – die das Zivilprozessrecht eigentlich schützen würde – der Europäischen Kommission zugeleitet werden können, kann dies dem Grundsatz der Waffengleichheit (Art. 47 ChartaGR)¹⁶⁹⁹ widersprechen, der "*gebietet, dass es jeder Partei angemessen ermöglicht wird, ihren Standpunkt sowie ihre Beweise unter Bedingungen vorzutragen, die sie nicht in eine gegenüber ihrem Gegner deutlich nachteilige Position versetzen.*"¹⁷⁰⁰ Hier muss das Gericht bei der Entscheidung, welche Unterlagen oder Informationen der Europäischen Kommission zugeleitet werden, zwischen der Verpflichtung aus den Verordnungen und Art. 47 ChartaGR abwägen und die Verordnungen ggf. einschränkend auslegen.¹⁷⁰¹ Mit Blick auf den deutlichen Wortlaut der Verordnungen dürfte hier allerdings nur eine Klärung über den EuGH Klarheit schaffen.

¹⁶⁹⁸ Nothdurft in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 36, und Ritter in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), VO 1/2003 Art. 15, Rn. 10, halten dies für zulässig.

¹⁶⁹⁹ Zum Grundsatz der Waffengleichheit s.o. Fn. 586 (Seite 119).

¹⁷⁰⁰ EuGH, Urt. v. 16. Mai 2017 – C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373 – Berlioz Investment Fund SA gegen Directeur de l'administration des contributions directes; Rn. 96.

¹⁷⁰¹ Zu berücksichtigen ist auch das nationale Datenschutzrecht, welches aber kaum eine Hürde für die Übermittlung von Unterlagen an die Europäische Kommission darstellt; vgl. dazu BT-Drs. 15/3640 v. 7. Juni 2004, S. 69f; Bechtold/Bosch, GWB, § 90a, Rn. 4; Sura in Langen/Bunte, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 14.

(c) Zusammenfassung

Es besteht ein Recht der Europäischen Kommission als *amicus curiae* vor den nationalen Gerichten selbstinduziert Stellungnahmen abzugeben, allerdings nur wenn sie begründet, warum dies zu kohärenter Anwendung des einschlägigen Unionsrechts erforderlich ist. Die Europäische Kommission wird insoweit ausschließlich im öffentlichen Interesse tätig und ist nicht befugt neuen Sachvortrag in den Rechtsstreit einzubringen. Da sich das Recht zu *amicus curiae*-Stellungnahmen nicht aus dem Primärrecht ableiten lässt und sekundärrechtlich hier nur Regelungen für das Unionskartell- und Beihilfenrecht vorgesehen sind, besteht für die Europäische Kommission keine Möglichkeit zu selbstinduzierten Stellungnahmen in Verfahren zu EU-fusionskontrollrechtlichen Fragen vor nationalen Zivilgerichten.

7.3.3 Berücksichtigungspflicht der nationalen Gerichte bezogen auf selbstinduzierte *amicus curiae*-Stellungnahmen der Europäischen Kommission

(a) Primärrecht

Die Überlegungen zu Stellungnahmen und Informationen der Europäischen Kommission, die diese auf Anfrage eines nationalen Gerichts abgibt,¹⁷⁰² gelten auch, wenn die Europäische Kommission von sich aus eine Stellungnahme abgibt: Soweit die Europäische Kommission einen einschlägigen Beschluss vorlegt oder auf einen solchen verweisen kann, geht von diesem Beschluss maßgebliche Berücksichtigungspflicht aus.¹⁷⁰³ Auch die Mitteilung einer (hinreichenden) Absicht zu einer Beschlussfassung wäre maßgeblich zu berücksichtigen.¹⁷⁰⁴

Ansonsten gilt hier wie dort,¹⁷⁰⁵ dass bei jeder sonstigen Stellungnahme der Europäischen Kommission nicht auszuschließen ist, dass diese im Vergleich zu einem Beschluss Defizite aufweist und daher letztlich keine Vermutung der Richtigkeit besteht. *Wright*¹⁷⁰⁶ geht etwa davon aus, dass im Bereich des Wettbewerbsrechts im Wesentlichen die GD Wettbewerb die Stellungnahmen abgibt und den Juristischen

¹⁷⁰² S.o. 7.2.4 (ab Seite 340).

¹⁷⁰³ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), Fallgruppen 1 und 2.

¹⁷⁰⁴ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144), Fallgruppe 4.

¹⁷⁰⁵ S.o. Seite 341f.

¹⁷⁰⁶ *Wright*, S. 98.

Dienst der Europäischen Kommission nur konsultiert, womit schon keine Positionierung der Europäischen Kommission als Ganzes vorläge.

Auch hier gilt zudem, dass sich die Parteien in aller Regel vor der Stellungnahme der Europäischen Kommission nicht bzw. nicht ausreichend bei dieser einbringen konnten und auch kein Rechtsschutz gegen die Stellungnahme möglich ist. Aus primärrechtlicher Sicht kann solchen selbstinduzierten Stellungnahmen daher nur eine Orientierungsfunktion zukommen, die nicht mit einer Berücksichtigungspflicht i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen verbunden ist.¹⁷⁰⁷ Auch kann sich das Gericht nicht auf die Stellungnahme als notwendige Begründung seiner Entscheidung berufen, sondern muss zu einer eigenen, im Instanzenzug überprüfbaren Entscheidung kommen.

Soweit in der Literatur teils eine Art faktische Bindungswirkung von Stellungnahmen der Europäischen Kommission beklagt, befürchtet oder konstatiert wird,¹⁷⁰⁸ ändert dies zum einen nichts an dem vorstehenden Befund, dass eine Pflicht zu maßgeblicher Berücksichtigung primärrechtlich nicht besteht. Zum anderen trägt die Praxis der Europäischen Kommission, auf die fehlende Bindungswirkung hinzuweisen, dazu bei, den nationalen Gerichten diese Freiheit auch bewusst zu machen. *Grimm* weist zudem darauf hin, dass die deutschen Gerichte durchaus Übung darin hätten, von Stellungnahmen des Bundeskartellamts abzuweichen, was ebenfalls gegen eine faktische Bindung von Stellungnahme der Europäischen Kommission spricht.¹⁷⁰⁹

(b) Sekundärrecht

Fraglich ist, ob sich eine – über das Primärrecht hinausgehende – Pflicht zur maßgeblichen Berücksichtigung von selbstinduzierten *amicus curiae*-Stellungnahmen der Europäischen Kommission (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) aus dem Sekundärrecht ergibt. Art. 16 VO 1/2003 bezieht sich hierauf nicht und eine ausdrückliche Bestimmung wie Art. 16 VO 1/2003 (dort für Beschlüsse und beabsichtigte Beschlüsse) ist in Art. 15 VO 1/2003 und Art. 29 VO 2015/1589 für *amicus curiae*-Stellungnahmen nicht enthalten. Auch hier gilt die Beobachtung, dass

¹⁷⁰⁷ So im Ergebnis auch *Raible/Lepper* in *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 26 Rn. 630; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, VO 2015/1589 Art. 29, Rn. 2, *Imgrund*, S. 71, *Wright*, S. 104, und schon *Zuber*, S. 123. Ähnlich auch *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 9: Das Gericht "wird sich mit der Stellungnahmen nach den einschlägigen innerstaatlichen Verfahrensvorschriften zu befassen haben." Gegen eine Bindungswirkung auch *Graels*, 1, 11.

¹⁷⁰⁸ *Durner*, EuR 2004, 547, 550; *Schmidt* in *Kamann/Ohlhoff/Völcker*, § 15 Rn. 100.

¹⁷⁰⁹ *A. Grimm*, S. 236.

der Gemeinschaftsgesetzgeber in der Überschrift von Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 den Ausdruck "*einheitliche Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts*" verwendete, während in Art. 15 VO 1/2003 und Art. 29 VO 2015/1589 auf eine solche Zielbestimmung in der Überschrift verzichtet wurde.

Anders aber als bei gerichtlich angefragten Stellungnahmen und Informationen hebt der Normtext zu selbstinduzierten *amicus curiae*-Stellungnahmen der Europäischen Kommission in Art. 15 Abs. 3 S. 3 VO 1/2003 und Art. 29 Abs. 2 VO 2015/1589 das Ziel einer "*kohärente Anwendung*" des materiellen Rechts hervor. Fraglich ist, ob dies als Hinweis des Gesetzgebers zu verstehen ist, dass die nationalen Gerichte die *amicus curiae*-Stellungnahmen der Europäischen Kommission maßgeblich berücksichtigen müssen.

Insoweit ist zunächst zu untersuchen, ob die Zielbestimmung einer "*einheitliche[n] Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts*" ("*application uniforme*"; "*uniform application*") des Art. 16 VO 1/2003 deckungsgleich ist mit dem Ziel einer "*kohärente Anwendung*" ("*l'application cohérente*"; "*coherent application*") in Art. 15 Abs. 3 S. 3 VO 1/2003 und Art. 29 Abs. 2 VO 2015/1589.¹⁷¹⁰

Nach dem Duden Online-Wörterbuch bezeichnet der Begriff "*einheitlich*" etwas wie "*eine Einheit bildend, erkennen lassen*" oder "*für alle in gleicher Weise*", während "*kohärent*" mit dem Begriff "*zusammenhängend*" erklärt wird. Das freie Wörterbuch Wiktionary übernimmt für "*kohärent*" diese Begriffserklärung, nennt aber auch noch "*verbunden mit*" und ebenfalls "*einheitlich*".

Dem Begriff "*einheitlich*" entspricht in den Erwägungsgründen (1) und (22) der VO 1/2003 das französische "*uniforme*" und das englische "*uniformly*". Gleiches gilt für Erwägungsgrund (2) der VO 2015/1589. Allerdings verwendete der Gemeinschaftsgesetzgeber dann in den Erwägungsgründen (14), (17), (19), (21) der VO 1/2003 in der deutschen Fassung wieder den Begriff "*einheitlich*", in der französischen Fassung aber "*cohérente*" und in der englischen Fassung "*consistent*". Wieder anders wurde es in den Erwägungsgründen (34) und (37) der VO 2015/1589 gehalten (die ansonsten den Erwägungsgründen (17) bzw. (22) der VO 1/2003 ähnlich sind), wo im Deutschen "*kohärent*", im Französischen "*uniforme*" und im Englischen "*consistent*" verwendet wurde. In Erwägungsgrund (38) der VO 2015/1589 verwendet Unionsgesetzgeber dagegen wieder die Entsprechung von deutsch "*kohärent*", französisch "*cohérente*" und englisch "*coherent*". Die Entscheidungen des *EuGH* i.S.

¹⁷¹⁰ Vgl. auch den Anhang ab Seite 422.

Masterfoods und *Delimitis / Henninger Bräu*, die bei der Entwicklung der Normen Paten gestanden hatten, sind hier nicht von Hilfe, da sie diese Begriffe nicht verwenden.

Der GA Mengozzi¹⁷¹¹ möchte – so das Verständnis von *Wright*¹⁷¹² – die Begriffe der "Einheitlichkeit" und "Konsistenz" synonym verstehen. *Wright*¹⁷¹³ hebt aber zu Recht hervor, dass nach der Rechtsprechung des *EuGH* (in selber Sache) ¹⁷¹⁴ "ein Erwägungsgrund einer Verordnung zwar dazu beitragen" kann, "Aufschluss über die Auslegung einer Rechtsvorschrift zu geben", jedoch selbst "keine solche Vorschrift" darstellt.¹⁷¹⁵ Zwar ist dem GA Recht zu geben, dass in den Erwägungsgründen die Begrifflichkeiten der "Kohärenz", "Einheitlichkeit" und (im Englischen) der "Konsistenz" in unterschiedlichen Entsprechungen gebraucht werden. Dies lässt aber nicht zwingend den Schluss zu, dass sie im regelnden Teil der Verordnungen synonym verwendet werden sollten. Eher scheint das Gegenteil der Fall zu sein: Es ist schon auffällig, dass im regelnden Teil aller drei hier untersuchten Sprachfassungen im Rahmen des Art. 15 VO 1/2003 und Art. 29 VO 2015/1589 von "Kohärenz" und im Rahmen des Art. 16 VO 1/2003 von der "einheitlichen Anwendung" sprechen, also in allen Sprachfassungen eine abweichende Begrifflichkeit gewählt wurde.

Gegen die Annahme der Regelung einer maßgeblichen Berücksichtigungspflicht spricht auch, dass der Gemeinschafts-/Unionsgesetzgeber in Art. 15 VO 1/2003 und Art. 29 VO 2015/1589 nicht den Begriff "Entscheidung" oder "Beschluss" ("décision"; "decision") verwendet hat, wie er sich in Art. 288 Abs. 4 AEUV findet, was in einem Umkehrschluss gegen eine Berücksichtigungspflicht i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen spricht, insbesondere wenn man dies mit Art. 16 VO

¹⁷¹¹ *EuGH*, Schlussanträge d. GA v. 5. März 2009 – C-429/07, ECLI:EU:C:2009:130 – Inspecteur van de Belastingdienst, Rn. 33: "Zunächst unterscheidet sich zwar der Begriff der Kohärenz von dem Begriff der Einheitlichkeit dadurch, dass es beim erstgenannten Begriff Abstufungen geben kann, die beim zweiten grundsätzlich nicht hinnehmbar sind, doch wird der zweite Begriff auch in verschiedenen Sprachfassungen der Verordnung Nr. 1/2003 anstelle des Begriffs der „Kohärenz“ oder der Wendung „kohärente Anwendung“ benutzt, die in den anderen Sprachfassungen dieses Rechtsakts verwendet werden. So wird die Wendung „einheitliche Anwendung“ in der dänischen („ensartede anvendelse“), der italienischen („applicazione uniforme“) und der schwedischen („enhetliga tillämpningar“) Fassung von Art. 15 Abs. 3 Unterabs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 1/2003 verwendet, während der Begriff „einheitlich“ auch in der deutschen („einheitliche“), dänischen und schwedischen Fassung der betreffenden Erwägungsgründe dieser Verordnung verwendet wird."

¹⁷¹² *Wright*, S. 155.

¹⁷¹³ *Wright*, S. 157.

¹⁷¹⁴ *EuGH*, Urt. v. 11. Juni 2009 – C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359 – Inspecteur van de Belastingdienst, Rn. 31f.

¹⁷¹⁵ S.o. Fn. 881 (ab Seite 189).

1/2003 kontrastiert, wo der Begriff der "*Entscheidung*" verwendet wurde, was dem heutigen Beschluss i.S.d. Art. 288 AEUV entspricht. Gerade weil für *amicus curiae*-Stellungnahmen nicht die Form eines Beschlusses vorgesehen wurde, sprechen auch die oben genannten Rechtsschutzerwägungen gegen eine Berücksichtigungspflicht (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen).

Dieses Verständnis unterstützen letztlich auch die Zielvorstellungen des Gemeinschafts-/ Unionsgesetzgebers. Ein Vorschlag des Parlaments während der Genese der RL 734/2013, die Unverbindlichkeit ausdrücklich in Art. 23a VO 659/1999 aufzunehmen¹⁷¹⁶ scheiterte zwar. Allerdings heben die Erwägungsgründe der beihilfenrechtlichen Verordnungen¹⁷¹⁷ hervor, dass eine Stellungnahme der Europäischen Kommission für die mitgliedstaatlichen Gerichte nicht bindend sein "*sollte*". Auch die Europäische Kommission beabsichtigte mit ihrem Vorschlag zur späteren VO 1/2003 keine Bindungswirkung¹⁷¹⁸ und hat diese Auffassung auch im Anschluss nicht geändert.¹⁷¹⁹

Dies spricht deutlich dafür, dass mit einer Stellungnahme keine Pflicht zur maßgeblichen Berücksichtigung (etwa analog Art. 16 VO 1/2003) einhergeht.¹⁷²⁰ Teils weist die Europäische Kommission in *amicus curiae*-Stellungnahmen selbst auf die

¹⁷¹⁶ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 2. Juli 2013 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags (COM(2012)0725 – C7-0004/2013 – 2012/0342(NLE)).

¹⁷¹⁷ VO 2015/1589, Erwägungsgrund (38). Ebenso stellten schon die Erwägungsgrund (19) der VO 734/2013 klar, dass die Stellungnahmen der Europäischen Kommission "*für die Gerichte der Mitgliedstaaten rechtlich nicht bindend*" sein sollten ("*devraient s'entendre sans préjudice de l'article 267 du TFUE et ne lient pas*"; "*should be without prejudice to Article 267 of the TFEU and not legally bind the national courts*").

¹⁷¹⁸ Vorschl. Kom. DVO81/82 zu Art. 15.

¹⁷¹⁹ BZKG101/102, Rn. 19. Zu gerichtlich angefragten Stellungnahmen, dabei aber den Kontrast zu "*Entscheidungen*" hervorhebend, der sich auch bei selbstinduzierten Stellungnahmen ergibt: BZKG101/102, Rn. 29; BZKGBei, Rn. 93.

¹⁷²⁰ Ebenso *Imgrund*, S. 72f, zu Art. 15 Abs. 3 ohne eigene Begründung; *Imgrund*, S. 71, leitet die fehlende Berücksichtigungspflicht von auf der Grundlage von Art. 15 Abs. 1 VOR 1/2003 erteilten Auskünften und Stellungnahmen aus dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit ab. Dass dieser allerdings EU-rechtlich begrenzt werden kann, zeigt die Auseinandersetzung mit Art. 16 VO 1/2003.

fehlende "Bindungswirkung" hin.¹⁷²¹ Nationales Recht könnte ein weitergehendes Berücksichtigungsgebot regeln, was aber für das deutsche Recht nicht ersichtlich ist.¹⁷²²

(c) Zusammenfassung

Hinsichtlich der selbstinduzierten Stellungnahmen der Europäischen Kommission ergibt sich das gleiche Ergebnis wie zu den gerichtsinduzierten Stellungnahmen, d.h. von diesen geht im Wesentlichen unverbindliche Orientierungswirkung aus, die sich im Einzelfall zu einer Vorlagepflicht beim EuGH verdichten kann, wenn das nationale Gericht einer anderen Auffassung zuneigt.

7.3.4 Zusammenfassung

Nur sekundärrechtlich und insoweit nur für das Unionskartell- und -beihilfenrecht besteht ein Recht der Europäischen Kommission als *amicus curiae* vor den nationalen Gerichten selbstinduziert Stellungnahmen abzugeben. Sie muss dabei begründen, warum dies zu kohärenter Anwendung des einschlägigen Unionsrechts erforderlich ist. Die Europäische Kommission wird hierbei nur im öffentlichen Interesse tätig und ist nicht befugt neuen Sachvortrag in den Rechtsstreit einzubringen. Für das EU-Fusionskontrollrecht gibt es diese Möglichkeiten nicht.

Von selbstinduzierten Stellungnahmen der Europäischen Kommission im Unionskartell- und -beihilfenrecht geht im Wesentlichen unverbindliche

¹⁷²¹ *Amicus curiae*-Stellungnahme der Europäischen Kommission gegenüber dem französischen Cour de Cassation v. 27. Februar 2015, sj.b(2015)961382, in der Sache L'Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE) u.a. gegen Ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique: "8. Enfin, le rôle de la Commission en tant que *amicus curiae* ne saurait être confondu avec celui de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui est, et elle seule, habilitée à donner, par la voie de la procédure préjudicielle telle que prévue par l'article 267 TFEU (facultative ou obligatoire, d'après le cas), une interprétation du droit de l'Union qui lierait les juridictions nationales des Etats membres. ... 154. Les observations de la Commission au titre de l'article 15, paragraphe 3, du règlement (CE) no 1/2003 ne sont pas contraignantes pour les juridictions nationales. Seule la Cour de justice est en mesure de donner une interprétation contraignante des règles de concurrence de l'Union." Ebenso *amicus curiae*-Stellungnahme der Europäischen Kommission gegenüber dem UK-High Court of Justice, Chancery Division, v. 29. Oktober 2015, C(2015) 7682 final, Rn. 3. Ähnlich bereits *amicus curiae*-Stellungnahme der Europäischen Kommission ebenfalls gegenüber dem französischen Cour de Cassation v. 29. Oktober 2012, sj.e(2012)1391608, in der Sache French MIF, Rn. 48. Ebenso *amicus curiae*-Stellungnahme der Europäischen Kommission gegenüber dem belgischen Verfassungsgericht v. 8. März 2012 in der Sache Tessenderlo Chemie vs Belgischer Staat, Rn. 34; "The observations submitted by the Commission under Article 15(3) of Regulation No 1/2003 are not binding on national courts. Only the Court of Justice can issue a binding interpretation of the provisions of EU law via the preliminary ruling procedure."

¹⁷²² Zuber, S, 115f.

Orientierungswirkung aus, die sich im Einzelfall zu einer Vorlagepflicht beim EuGH verdichten kann, wenn das nationale Gericht einer anderen Auffassung zuneigt.

7.4 Pflicht der nationalen Zivilgerichte zur Urteilsübermittlung an die Europäische Kommission nach Art. 15 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003

Im Kontext der sekundärrechtlich geregelten Tätigkeit der Europäischen Kommission als *amicus curiae* sind die nationalen Gerichte verpflichtet, der Europäischen Kommission die dazu notwendigen Akteninhalte vorzulegen.¹⁷²³ Daneben sieht zwar nicht das Primärrecht,¹⁷²⁴ wohl aber das Sekundärrecht, allerdings nur für das Unionskartellrecht, die Verpflichtung der Mitgliedstaaten vor, eine Kopie jedes schriftlichen Urteils eines einzelstaatlichen Gerichts über die Anwendung von Art. 101, 102 AEUV vorzulegen (Art. 15 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003), was im deutschen Recht an die Gerichte delegiert wurde, die die Urteile zentralisiert über das *BKartA*¹⁷²⁵ der Europäischen Kommission zukommen lassen müssen (§ 90a Abs. 1 S. 1, Abs. 4 GWB), das damit als eine Art "*Clearing-Stelle für die Kommunikation zwischen Gerichten und der*" Europäischen Kommission fungiert.¹⁷²⁶

Art. 15 Abs. 2 VO 1/2003 betrifft nach dem Wortlaut ("*Urteils*"; "*jugement*"; "*judgement*") nur abgeschlossene Verfahren. Damit ist die Vorlageverpflichtung zum Eingreifen der Europäischen Kommission in nationale zivilgerichtliche Verfahren nicht geeignet; in Betracht kommt allenfalls eine *amicus curiae*-Stellungnahme in der nächsten Instanz,¹⁷²⁷ soweit die Parteien das Verfahren fortführen.

*Nothdurft*¹⁷²⁸ liest aus den verschiedenen Sprachfassungen allerdings, dass "*sämtliche Entscheidungen mit potentieller Präjudizwirkung, dh Entscheidungen, die Ausführungen zur Anwendung*" von Art. 101 oder Art. 102 AEUV enthalten, erfasst sind. Dies wird – zumindest für das deutsche Recht – durch § 90a Abs. 1 GWB gestützt, wo nach dem Wortlaut einer Übermittlungspflicht für "*jede[r] Entscheidung*" in "*gerichtlichen Verfahren, in denen der Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die*

¹⁷²³ S.o. 7.3.2(b)(ii)(D) (ab Seite 356).

¹⁷²⁴ S.o. 4.4 (ab Seite 260).

¹⁷²⁵ BT-Drs. 15/3640 v. 7. Juni 2004, S. 69; *Bechtold/Bosch*, GWB, § 90a, Rn. 2.

¹⁷²⁶ *Nothdurft* in MüKo GWB, § 90a, Rn. 5.

¹⁷²⁷ *Imgrund*, S. 72; *A. Grimm*, S. 150.

¹⁷²⁸ *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 32.

Arbeitsweise der Europäischen Union zur Anwendung kommt" geregelt ist. Schmidt¹⁷²⁹ hebt aber zu Recht hervor, dass diese die Formulierung "zu weit" ist, da insoweit auch jegliche vorbereitende und verfahrensbezogene Entscheidungen wie etwa Beweisbeschlüsse erfasst wären. In der Literatur¹⁷³⁰ wird daher argumentiert, dass im Lichte des Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 ein einschränkendes Verständnis erforderlich sei. Tatsächlich ist Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 (und auch § 90a Abs. 1 GWB) restriktiv auszulegen. Ansatzpunkt ist nach hier vertretener Auffassung die Formulierung in Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 ("*Urteils ... über die Anwendung des Artikels 81 oder 82 des Vertrags*"). Dies kann zumindest als Indiz dafür verstanden werden, dass nur Entscheidungen relevant sein sollen, in denen Art. 101 bzw. Art. 102 AEUV eine entscheidungserhebliche Rolle spielen. Hätte der Gemeinschafts-/Unionsgesetzgeber gewollt, dass die Kartellbehörden bereits vor einer abschließenden erstinstanzlichen Entscheidung von der Verfahrenseinleitung informiert werden, hätte er dies geregelt. Für das deutsche Recht ist dies auch geschehen (§ 90 Abs. 1 S. 1 GWB). Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat diesen Gedanke aber nicht übernommen, obwohl § 90 bei der Gestaltung von Art. 15 VO 1/2003 Pate stand und dementsprechend eine vorherige Unterrichtung von der Europäischen Kommission erwogen wurde,¹⁷³¹ die dann aber nicht Einzug in die VO 1/2003 gehalten hat.¹⁷³² Die andere Auslegung würde – diese von den Gerichten konsequent angewendet – im Übrigen zu massiven Mengenproblemen bei der Europäischen Kommission führen.¹⁷³³

Allerdings hat es der deutsche Gesetzgeber über §§ 90, 90a GWB ermöglicht, dass das *BKartA* die Europäische Kommission "*aus eigener Initiative im Vorfeld der erstinstanzlichen Entscheidung informieren*" kann.¹⁷³⁴

¹⁷²⁹ Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 90a, Rn. 6

¹⁷³⁰ Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 90a, Rn. 6; Bechtold/Bosch, GWB, § 90a, Rn. 2.

¹⁷³¹ Weißbuch 81/82, Rn. 107, Fn. 62.

¹⁷³² Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 14. Auch Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), § 90a, Rn. 13, und Sura in Langen/Bunte, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 18, gehen davon aus, dass keine Pflicht der Gerichte besteht, die Europäische Kommission über laufende Verfahren zu informieren. Wright, S. 102, entnimmt den Vorüberlegungen der Europäischen Kommission zur späteren VO 1/2003, dass diese schon früh eine Intervention nur "*at appeal stage*" anstrebte.

¹⁷³³ Nothdurft in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 32; A. Grimm, S. 150.

¹⁷³⁴ Nothdurft in MüKo GWB, § 90a, Rn. 5.

Eine Verpflichtung analog Art. 15 Abs. 2 VO 1/2003 oder § 90a Abs. 1 GWB besteht – da es sich (wie dargelegt¹⁷³⁵) auch aus dem Primärrecht nicht ergibt – im Beihilfe- und Fusionskontrollrecht¹⁷³⁶ nicht.

7.5 Zusammenfassung

Das Primär- und Sekundärrecht gibt der Europäischen Kommission und den nationalen Gerichten Instrumente an die Hand, mittels derer die Europäische Kommission ihrer Rolle als *primus inter pares* nachkommen und die nationalen Gerichte als funktionale Unionsgerichte zu einer kohärenten Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union beitragen können.

So können die nationalen Gerichte bei der Europäischen Kommission Informationen anfordern und um Stellungnahmen bitten. Unter bestimmten Umständen sind sie dazu sogar unionsrechtlich verpflichtet, insbesondere wenn eine hinreichende Absicht der Europäischen Kommission zu einer Beschlussfassung naheliegt und Konsultation Aufklärung in dieser Hinsicht verspricht. Eine Konsultationspflicht besteht auch, wenn über Grundlagen, Reichweite oder Richtigkeit eines Beschlusses Zweifel bestehen (wobei das nationale Gericht dann bei Fragen der Auslegung und Gültigkeit des Beschlusses alternativ den Weg zum *EuGH* einschlagen kann). Eine Pflicht des nationalen Zivilgerichts im kontradiktorischen Verfahren, sich zur Sachverhaltsermittlung an die Europäische Kommission zu wenden, ist unionsrechtlich nicht zu begründen. Eine Ausnahme hiervon kann sich aus Art. 5, 6 SE-RL (i.V.m. entsprechendem nationalen Recht) für den kartellrechtlichen Schadensersatzprozess ergeben, dies aber nur unter engen Voraussetzungen.

Mit der Pflicht der nationalen Gerichte, Anfragen an die Europäische Kommission zu richten, korrespondiert eine Verpflichtung der Europäischen Kommission zu einer Antwort, es sei denn zwingende Gründe zur Erhaltung ihrer Funktionsfähigkeit oder überwiegende Schutzgüter des Art. 339 AEUV stehen entgegen. Im Rahmen des Loyalitätsgebots muss die Europäischen Kommission in allen übrigen Fällen eine Antwort ernsthaft erwägen, hat aber primärrechtlich einen Ermessensspielraum, eine Antwort abzulehnen, wägt dabei ab, ob eine Antwort an das Gericht oder deren Ablehnung der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts mehr dient und kann und

¹⁷³⁵ S.o. 4.4 (ab Seite 260).

¹⁷³⁶ § 90a Abs. 1 GWB könnte auch gerichtliche Entscheidungen auf der Grundlage der FKVO erfassen, die EU-kartellrechtliche Aspekte nicht betrifft, da die FKVO auch auf der Grundlage der Vorgängerregelung von Art. 102 AEUV erlassen wurde.

muss zusätzlich die Güter ihrer Aufrechterhaltung ihrer (sinnvollen) Selbstorganisation und den Schutz von Geschäftsgeheimnissen berücksichtigen. Speziell bezogen auf Einlassungen von Kronzeugen im Kartellverfahren kann sie (neben dem Aspekt der Selbstbindung durch die Leitlinien ihres Leniency-Programms) in die Abwägung mit einstellen, ob die effektive Durchsetzung des Unionskartellrechts durch den Schutz des Kronzeugenprogramms oder durch die Erleichterung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Schadensansprüchen vorzugswürdig ist. Dem Unionsgesetzgeber steht es zudem frei, hier regelnd einzugreifen und er hat dies mit Art. 5, 6 SE-RL getan. Eine Pflicht der Europäischen Kommission, den Zivilgerichten für ihr kontradiktorisches Verfahren Informationen zu beschaffen, die ihr selbst nicht vorliegen, besteht nicht.

Mit der Möglichkeit der nationalen Gerichte, die Europäischen Kommission von sich aus um Stellungnahmen und Informationen zu bitten, und deren Pflicht zur Antwort korrespondiert das Recht der Europäischen Kommission als *amicus curiae* vor den nationalen Gerichten selbstinduziert Stellungnahmen abgeben zu können, allerdings nur wenn sie begründet, warum dies zu kohärenter Anwendung des einschlägigen Unionsrechts erforderlich ist. Auch wird die Europäische Kommission insoweit ausschließlich im öffentlichen Interesse tätig und ist nicht befugt neuen Sachvortrag in den Rechtsstreit einzubringen.

Da sich das Recht zu *amicus curiae*-Stellungnahmen nicht aus dem Primärrecht ableiten lässt und sekundärrechtlich nur Regelungen für das Unionskartell- und Beihilfenrecht vorgesehen sind, besteht für die Europäische Kommission keine Möglichkeit zu selbstinduzierten Stellungnahmen in Verfahren zu EU-fusionskontrollrechtlichen Fragen vor nationalen Zivilgerichten.

Soweit die Europäische Kommission den nationalen Zivilgerichten auf deren Anfragen Stellungnahmen oder Auskünfte oder selbstinduziert Stellungnahmen zukommen lässt, besteht bezogen auf diese keine Pflicht der nationalen Gerichte zur maßgeblichen Berücksichtigung (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) und kein Recht, diese als notwendige Entscheidungsgrundlage heranzuziehen, sondern haben diese nur Orientierungsfunktion; etwas anderes gilt, wenn die Europäische Kommission dem Gericht ihre konkrete Absicht verkündet, einen Beschluss in der auch das Gericht beschäftigenden Sache zu fassen (Fallgruppe 4) oder auf bereits bestehende Beschlüsse verweisen kann (Fallgruppen 1, 2 und 3).

Eine Pflicht der nationalen Zivilgerichte, der Europäischen Kommission ihre Entscheidungen zukommen zu lassen, besteht ausschließlich für das Unionskartellrecht.

8. ZUSAMMENFASSUNG, ABLEITUNGEN UND AUSBLICK

Ausgangspunkt

Das Unionswettbewerbsrecht, Kartellrecht, Beihilfenrecht und Fusionskontrollrecht, wird administrativ durch die Europäische Kommission, zivilrechtlich aber durch nationale Gerichte vollzogen. Diese parallele Anwendung führt zu einem Spannungsverhältnis und der Gefahr, dass sich Europäische Kommission und nationale Zivilgerichte in ihren Entscheidungen widersprechen. Eine einheitliche Anwendung von EU-Wettbewerbsrecht vermeidet dagegen Zonen unterschiedlicher Rechtsanwendung sowie ungutes *forum shopping* und trägt somit zu einem einheitlichen Binnenmarkt bei.¹⁷³⁷

Pflicht der nationalen Gerichte Beschlüsse der Europäischen Kommission zu berücksichtigen

Die vorliegende Untersuchung hat ergeben, dass nationale Zivilgerichte bereits auf der Grundlage des Primärrechts verpflichtet sind, Beschlüsse der Europäischen Kommission, soweit die Betroffenen sich gegen sie wehren können bzw. konnten, maßgeblich (i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen) zu berücksichtigen. Allerdings ist zu berücksichtigen, ob die Beschlüsse bereits bestandskräftig geworden sind oder noch nicht.

Auch die hinreichende Absicht der Europäischen Kommission, einen Beschluss zu fassen, kann für eine Pflicht zu einer solchen, maßgeblichen Berücksichtigung ausreichen. Beschlüsse, wie die zur Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens, die keine abschließende materiellrechtliche Bewertung enthalten, sind schon für sich Ausweis einer hinreichenden Absicht und sind insoweit zu berücksichtigen.

Besteht keine Pflicht zu maßgeblicher Berücksichtigung, insbesondere bei fehlender Sachverhaltsidentität, kann von einem Beschluss der Europäischen noch immer Orientierungsfunktion für die nationalen Gerichte ausgehen. Es besteht dann zwar kein Verbot zuwiderlaufender Entscheidungen, wohl aber die Pflicht zu einer Befassung.

Die Frage des Umfangs der Berücksichtigungspflicht hat namentlich die deutschen Gerichte immer wieder beschäftigt. Während der *BGH* sich zunehmend der in dieser

¹⁷³⁷ S.o. 1.1 (ab Seite 1).

Arbeit beschriebenen Linie annähert, sind beim *BVerwG* bis heute Zweifel zu erkennen. Ein Grund hierfür mag in dem Umstand begründet liegen, dass sich die Berücksichtigungs- und Orientierungspflicht nicht ohne weiteres aus dem Primärrecht ergibt, sondern nur aufgrund der in dieser Arbeit aufgezeigten, komplexen Überlegungen.

Daher erscheint es auf den ersten Blick richtig, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber mit Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 eine (vor dem Hintergrund der primärrechtlichen Lage) letztlich deklaratorische Klarstellung geschaffen hat. Der "Erfolg" dieser Klarstellung des Gemeinschaftsgesetzgebers zeigt sich schon darin, dass Literatur und Rechtsprechung in den letzten Jahren bei der Frage der Berücksichtigungspflicht nationaler Gerichte oft im Wesentlichen auf Art. 16 VO 1/2003 abstellen und in vielen Fällen eine Befassung mit dem Primärrecht unterbleiben oder kurz gehalten werden kann.

Allerdings ist mit der Existenz des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 auch die Gefahr verbunden, dass die Norm den Blick auf das Primärrecht verstellt. Dies gilt nicht nur für die primärrechtlichen Einschränkungen der Berücksichtigungspflicht, die sich etwa durch das Recht auf effektiven Rechtsschutz ergeben und die Berücksichtigungspflicht daher für bestandskräftige Beschlüsse anders wirken lässt, als die für nicht bestandskräftige. Die Gefahr ergibt sich vielmehr und gerade auch in den Bereichen des Wettbewerbsrechts, für die die Regelung des Art. 16 VO 1/2003 nicht oder nicht sicher gilt und daher (doch) auf das Primärrecht zurückgegriffen werden muss. Dies gilt zum einem – für alle Bereiche des Unionswettbewerbsrecht – für die Beschlüsse, denen (insbesondere im Fall der fehlenden Sachverhaltsidentität) keine Berücksichtigungspflicht anhaftet, aber denen wegen ausreichender Sachverhaltsnähe jedoch eine Orientierungsfunktion zukommt. Dies gilt zum anderen aber auch für alle anderen Beschlüsse in den Bereichen Beihilfen- und Fusionskontrollrecht, in denen der Gemeinschafts-/ Unionsgesetzgeber bislang auf klarstellende Regelungen ähnlich Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 ganz verzichtet hat.

Dem Ziel einer einheitlichen Anwendung des Unionswettbewerbsrechts würde es dienen, wenn der Unionsgesetzgeber hier nachbesserte. Dies gilt umso mehr, als hier Bereiche betroffen sind, in denen – anders als in vielen Mitgliedstaaten im Kartellrecht – keine spezialisierten nationalen Gerichte zur Anwendung des Unionsrechts aufgerufen sind und daher die Gefahr groß ist, dass die primärrechtlichen Gegebenheiten übersehen werden.

Zudem erscheint es sinnvoll, dass der Unionsgesetzgeber klarstellt, wann die Gerichte von einer hinreichenden Absicht der Europäischen Kommission zu einer Beschlussfassung auszugehen haben. In diesem Zuge könnte die verunglückte Regelung in Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003, die neben dem Kriterium der Absicht (das sich auch aus dem Primärrecht herleiten lässt) noch die Verfahrenseröffnung voraussetzt, überdacht werden.

Pflicht der Europäischen Kommission Entscheidungen der nationalen Gerichte zu berücksichtigen

Eine sekundärrechtliche Regelung einer Pflicht der Europäischen Kommission, Entscheidungen der nationalen Gerichte zu berücksichtigen, ist im Unionswettbewerbsrecht nicht ersichtlich. Aus dem Primärrecht lässt sich insoweit nur eine Pflicht der Europäischen Kommission ableiten, sich mit Urteilen nationaler Gerichte zum selben oder gleichen Sachverhalt zu befassen, soweit diese der Europäischen Kommission vorliegen. Eine Pflicht der Europäischen Kommission, nach solchen Entscheidungen zu forschen besteht nur, soweit dieser Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es solche geben könnte. Eine Zulieferung der Urteile durch die Gerichte an die Europäische Kommission ist nur für das Unionskartellrecht vorgesehen. Vermutlich dürfte sich die Europäische Kommission mit Blick auf die *Masterfoods*-Entscheidung in ihrem Vorgehen bestätigt sehen, nationale Urteile schlicht zu ignorieren.

Im Sinne des Ziels einer kohärenten Anwendung des Unionswettbewerbsrechts ist dieses Ergebnis wenig befriedigend. Es wurde festgestellt, dass den nationalen Gerichten als funktionalen Unionsgerichten eine zunehmend wichtigere Stellung bei der Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts zukommt, was die SE-RL noch einmal beflügeln wird.¹⁷³⁸ Daher erschiene es sinnvoll, wenn der Unionsgesetzgeber Schritte unternehmen würde, um die Wahrnehmung von (einschlägigen) Urteilen durch die Europäische Kommission zu verbessern. Hierzu könnte eine Übermittlungspflicht analog Art. 15 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 auch für das Beihilfenrecht und das Fusionskontrollrecht vorgesehen werden.

¹⁷³⁸ Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des *BKartA* 2015/2016 (BT-Drs. 18/12760 v. 15. Juni 2017, S. XII / Rn. 80; s.o. 2.3.3(c)(iv) (ab Seite 52), 2.3.3(c)(v) (ab Seite 52) sowie 7.2.3(d) (ab Seite 335)).

Gleichzeitig könnte der Unionsgesetzgeber darauf hinwirken, dass die Qualität der nationalen Entscheidungen steigt. Ein Problem ist hier die Vielzahl der zuständigen Richter und Gerichte. Abhilfe könnte eine Konzentration der Verfahren auf spezialisierte Gerichte, Kammern und Senate schaffen,¹⁷³⁹ wie sie – für das Kartellrecht – in einigen Mitgliedstaaten bereits besteht, nicht aber für das Beihilfenrecht¹⁷⁴⁰ und wohl auch nicht für das Fusionskontrollrecht. Eine Möglichkeit, dass die Union entsprechend tätig wird, bietet sich anlässlich der Forderung des Europäischen Parlaments vom 4. Juli 2017 zu gemeinsamen Mindeststandards des Zivilprozessrechts¹⁷⁴¹ auf deren Grundlage die Europäische Kommission bis Mitte 2018 einen Vorschlag einer Richtlinie vorlegen soll.¹⁷⁴²

Informelle Verwaltungsschreiben der Europäischen Kommission

Das Wettbewerbsrecht der Union wirkt unmittelbar auf das Wirtschaftsleben ein. Daher ist die Positionierung der Europäischen Kommission als zu dessen administrativem Vollzug berufener Behörde mit Leuchtturmfunktion für die Unternehmen und die Mitgliedstaaten von hoher Bedeutung und wird nicht selten – zur vermeintlichen Erhöhung der Rechtssicherheit – eine Stellungnahme von der Europäischen Kommission eingeholt.

Die Vorgänge die innerhalb der Europäischen Kommission erforderlich sind, um einen formalen Beschluss herbeizuführen sind allerdings komplex und aufwändig, nicht zuletzt weil in der Regel letztlich das Gremium der Kommissare den Beschluss fassen muss. Daher tendieren die Dienststellen dieser Behörde dazu, Anfragen soweit als möglich nur durch informelle Beratungsschreiben zu beantworten und sogar Verfahren nur durch informelle Abschlusschreiben zu beenden, z.B. an einen Beschwerdeführer, dem informell mitgeteilt wird, dass seine Beschwerde nicht weiter verfolgt wird, oder an Zusammenschlussparteien denen informell mitgeteilt wird, dass die GD Wettbewerb

¹⁷³⁹ Ähnlich argumentierte das *BKartA*, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle v. 25. Juli 2016, S. 20f, für ein zentrales Gericht für die Entscheidungen über Akteneinsichtsgesuche, da dies rasch zur Entwicklung einer gefestigten Rechtsprechung führen könne.

¹⁷⁴⁰ *Europäische Kommission*, Studie Fortbildungsbedarf, S. 6.

¹⁷⁴¹ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 4. Juli 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu gemeinsamen Mindeststandards des Zivilprozessrechts in der Europäischen Union (2015/2084(INL)).

¹⁷⁴² *Philipp*, EuZW 2017, 588; *Europäisches Parlament*, Entschließung EP Mindeststandards, Nr. 24 hat als Datum dem 30. Juni 2018 vorgegeben.

keine Zuständigkeit der Europäischen Kommission nach der FKVO sieht oder an einen Mitgliedstaat mit einer beihilfenrechtlichen Bewertung eines Sachverhalts.

Die Untersuchung in dieser Arbeit hat gezeigt, dass den Unternehmen und den Mitgliedstaaten mit diesen Schreiben vor nationalen Zivilgerichten kaum geholfen ist. Zwar ist eine Befassungspflicht der nationalen Gerichte zu bejahen, nicht aber eine Pflicht zu maßgeblicher Berücksichtigung i.S. eines Verbots zuwiderlaufender Entscheidungen oder ein Recht, die Auffassung der Europäischen Kommission ungeprüft und ohne eigene, im Instanzenzug überprüfbare Positionierung des Gerichts zugrunde zu legen. Gerade Fälle, in denen sich eine Dienststelle der Europäischen Kommission für eine Sichtweise entschieden hat, sich aber bei näherer Befassung dann doch anders entscheidet, machen – auch den Gerichten – deutlich, dass von informellen Beratungsschreiben (faktisch) wenig Autorität ausgeht.

Dennoch lässt sich aus dem Loyalitätsgebot die Pflicht der Zivilgerichte ableiten, Abweichungen von der Auffassung der Europäischen Kommission in Konsultationsschreiben zumindest zu begründen; auch müssen sie eine Vorlage beim EuGH prüfen. Dies kann dazu beitragen, die Auseinandersetzung um Einzelfragen des Unionswettbewerbsrechts transparenter zu machen und in der öffentlichen Auseinandersetzung der verschiedenen zu seiner Anwendung berufenen Stellen (wenn vielleicht auch nicht im konkreten Fall, so aber doch mit Blick auf die Entwicklung der Rechtsanwendung) einer annehmbaren Lösung zuzuführen.

Eine Besonderheit gilt für (wohl nur selten vorkommende) informelle Schreiben, die nicht mit einer Verfahrensbeendigung einhergehen, sondern Verfahrenseröffnung oder Verfahrensstatus anzeigen. Diese können Ausdruck einer Absicht sein, einen Beschluss zu fassen und damit zur Pflicht maßgeblicher Berücksichtigung i.S.d. Fallgruppe 4¹⁷⁴³ führen.

Mitteilungen, Leitlinien und Bekanntmachungen der Europäischen Kommission

Mitteilungen, Leitlinien, Bekanntmachungen etc. der Europäischen Kommission im Bereich des Wettbewerbsrechts der Union haben sich in den letzten Jahrzehnten derart zu einer Gegebenheit entwickelt und wurden von den Unionsgerichten auch derart

¹⁷⁴³ S.o. 3.3.4 (ab Seite 144).

akzeptiert, dass es äußerst unwahrscheinlich ist, dass die Europäische Kommission in Zukunft auf diese Instrumente verzichten wird.

Die nationalen Gerichte dürfen die Auffassung der Europäischen Kommission in solchen Mitteilungen nicht zu einem notwendigen Begründungselement ihrer Entscheidung machen, sondern müssen sich selbst zu den einschlägigen Fragen des Unionsrechts positionieren. Die Gerichte dürfen von den Mitteilungen auch abweichen, müssen dies sogar, wenn das Primär- oder Sekundärrecht entgegensteht, müssen sich in ihren Entscheidungen allerdings mit abweichenden Positionen der Europäischen Kommission auseinandersetzen. Ggf. müssen die nationalen Gerichte den *EuGH* über Art. 267 AEUV einschalten.

Die teilweise beobachtete Praxis der Rechtsanwender, Mitteilungen über diese Wirkungen hinaus eine nahezu absolute Autorität zuzuschreiben, ist nicht unproblematisch. Die Rückbesinnung darauf, dass eine Mitteilung der Europäischen Kommission nicht mehr als eine (wenn auch gewichtige) Stimme unter vielen ist, ist wichtig, damit die durchaus vorhandenen Vorteile von Mitteilungen der Europäischen Kommission nicht durch die Nachteile einer schleichenden Verrechtlichung überwogen werden. Der *EuGH* hat den nationalen Gerichten hier die richtigen Signale gesendet. Unions- und nationale Gerichte sind weiter dazu aufgerufen, darüber zu wachen, dass die Europäische Kommission hier ihre Kompetenzen nicht überschreitet und insbesondere der Wesentlichkeitsvorbehalt beachtet wird.

Zusammenarbeit von Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten

Das Primär- und Sekundärrecht gibt der Europäischen Kommission und den nationalen Gerichten Instrumente an die Hand, mittels derer die Europäische Kommission ihrer Rolle als *primus inter pares* nachkommen und die nationalen Gerichte als funktionale Unionsgerichte zu einer kohärenten Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union beitragen können.

Die nationalen Gerichte haben bereits primärrechtlich das Recht und u.U. auch die Pflicht, von der Europäischen Kommission Stellungnahmen zu ihrer Absicht zu einer Beschlussfassung sowie zu Auslegung und Hintergründen bereits gefasster Beschlüsse zu erfragen. Eine Pflicht des nationalen Zivilgerichts im kontradiktorischen Verfahren, sich zur Sachverhaltsermittlung an die Europäische Kommission zu wenden, ist unionsrechtlich nicht zu begründen. Eine Ausnahme hiervon kann sich aus Art. 5, 6 SE-RL (i.V.m. entsprechendem nationalen Recht) für den kartellrechtlichen Schadensersatzprozess ergeben, dies aber nur unter engen Voraussetzungen.

Mit der Pflicht der nationalen Gerichte, Anfragen an die Europäische Kommission zu richten, korrespondiert eine Verpflichtung der Europäischen Kommission zu einer Antwort, es sei denn zwingende Gründe zur Erhaltung ihrer Funktionsfähigkeit oder überwiegende Schutzgüter des Art. 339 AEUV stehen entgegen. Im Rahmen des Loyalitätsgebots muss die Europäische Kommission in allen übrigen Fällen eine Antwort ernsthaft erwägen, hat aber primärrechtlich einen Ermessensspielraum, eine Antwort abzulehnen. Sie wägt dabei nicht nur die vorstehend beschriebenen Rechtsgüter ab, sondern auch, ob eine Antwort an das Gericht oder deren Ablehnung der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts mehr dient. Dem Unionsgesetzgeber steht es zudem frei, hier regelnd einzugreifen und er hat dies mit Art. 5, 6 SE-RL getan. Eine Pflicht der Europäischen Kommission, den Zivilgerichten für ihr kontradiktorisches Verfahren Informationen zu beschaffen, die ihr selbst nicht vorliegen, besteht nicht.

Sekundärrechtlich wurde der Europäischen Kommission für das Unionskartell- und das Beihilfenrecht die Möglichkeit eingeräumt, vor den nationalen Gerichten (ohne deren vorherige Zustimmung) schriftlich *amicus curiae*-Stellungnahmen abzugeben und mit deren Genehmigung auch in der mündlichen Verhandlung aufzutreten. Im Rahmen dieser Tätigkeit haben die nationalen Gerichte der Europäischen Kommission auch eine gewisse Akteneinsicht zu gewähren. Für das Fusionskontrollrecht besteht die Möglichkeit einer selbstinduzierten Stellungnahme der Europäischen Kommission nicht und der Unionsgesetzgeber ist aufgerufen, an dieser Stelle nachzubessern.

Soweit die Europäische Kommission den nationalen Zivilgerichten auf deren Anfragen Stellungnahmen oder Auskünfte oder selbstinduziert Stellungnahmen zukommen lässt, besteht bezogen auf diese keine Pflicht der nationalen Gerichte zur maßgeblichen Berücksichtigung, sondern haben diese nur Orientierungsfunktion; etwas anderes gilt, wenn die Europäische Kommission dem Gericht ihre konkrete Absicht verkündet, einen Beschluss in der auch das Gericht beschäftigenden Sache zu fassen oder auf bereits bestehende Beschlüsse verweisen kann.

Ausblick

Eine weitere Fokussierung der öffentlichen Diskussion auf die Zusammenarbeit von Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten wird sinnvoll bleiben. Dies gilt nicht nur, weil das Spannungsverhältnis zwischen behördlicher und (zunehmender) privater Durchsetzung teils noch unterschätzt wird,¹⁷⁴⁴ sondern auch weil sich (auch vor dem Hintergrund des Brexit) die Konkurrenz der Gerichtssysteme der Mitgliedstaaten verstärken dürfte,¹⁷⁴⁵ die kooperative Rechtsdurchsetzung im Wettbewerbsrecht ein Modell für die Entwicklung in anderen Bereichen des Unionsrechts sein kann¹⁷⁴⁶ und sich (ebenfalls mit Blick auf den Brexit) – je nach seiner Gestaltung – ein paralleles System der Berücksichtigung von Beschlüssen der Europäischen Kommission ergeben könnte.¹⁷⁴⁷

Es konnte herausgearbeitet werden, dass es zahlreiche Ansatzpunkte für Verbesserungen gibt:

Grundsätzlich besteht mit der Pflicht der nationalen Gerichte, Beschlüsse der Europäischen Kommission und auch schon die Absicht zu solchen Beschlüssen maßgeblich und sachverhaltsähnliche Beschlüsse, informelle Verwaltungsschreiben und Leitlinien, Mitteilungen, Bekanntmachungen u.ä. der Europäischen Kommission zumindest als (nicht bindenden) Orientierungspunkt zu berücksichtigen eine Grundlage, welche zu einer einheitlichen Anwendung des Unionswettbewerbsrechts beiträgt. Der Unionsgesetzgeber kann hier – wie dargestellt – zu einer weiteren Verbesserung beitragen, indem er die Berücksichtigungs- und Orientierungspflichten der nationalen Gerichte auch sekundärrechtlich deutlicher herausstellt.

Der Unionsgesetzgeber sollte zudem, wie oben ausgeführt, die wichtige Rolle der nationalen Gerichte bei der Entwicklung des Unionswettbewerbsrechts dadurch stärken, dass er einerseits eine Konzentration auf wenige Fachgerichte vorgibt, andererseits aber der Europäischen Kommission aufgibt, sich mit den Urteilen der nationalen Gerichte in ihren Beschlüssen zu befassen. Dabei wäre es u.a. hilfreich, wenn die Pflicht zur Urteilsübermittlung auch für das Beihilfen- und Fusionskontrollrecht eingeführt würde und auch für das Fusionskontrollverfahren die Institution einer *amicus curiae*-Befassung ermöglicht würde. Sinnvoll wäre auch die Regelung eines Verfahrens, in

¹⁷⁴⁴ Bunte, WuW 2018, 172.

¹⁷⁴⁵ Podszun/Rohner, BB 2018, 450ff.

¹⁷⁴⁶ Calliess, NVwZ 2018, 1, 5f

¹⁷⁴⁷ Mäger, NZKart 2018, 3, 5ff; vgl. auch Soltész, EuZW 2018, 60, 67.

welchem der Europäischen Kommission klar vorgegeben wird, unter welchen Umständen und in welchem Zeitrahmen sie auf Anfragen der nationalen Gerichte zu antworten hat. Während ein Netzwerk von Unionsgerichten analog zum behördlichen ECN mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit nicht unproblematisch wäre,¹⁷⁴⁸ wäre doch zu überlegen, ob nicht der Idee eines Austauschs hinsichtlich getroffener Entscheidungen – auch für das Beihilfen- und Fusionskontrollrecht – nachgegangen werden sollte, etwa im Rahmen der o.g. Initiative des Europäischen Parlaments¹⁷⁴⁹ oder der jüngsten Initiative der Europäischen Kommission, die Anwendung des Beihilfenrechts in den letzten Jahren untersuchen zu lassen und hieraus – voraussichtlich ab der zweiten Jahreshälfte 2019 – Schlüsse zu ziehen, etwa die BZKGBei zu überarbeiten.¹⁷⁵⁰ In insoweit könnten auch die bereits derzeit schon stattfindenden Bemühungen um Fortbildung der nationalen Richter¹⁷⁵¹ noch effektiver umgesetzt werden.

Unabhängig davon, ob es zu solchen Änderungen kommt, liegt ein großes Maß der gemeinsamen Verantwortung, Rechtszersplitterung¹⁷⁵² im Bereich des Unionswettbewerbsrechts zu vermeiden, bei den Akteuren selbst, der Europäischen Kommission und den nationalen Gerichten.

So erfährt die Europäische Kommission nicht zwingend von laufenden Verfahren. Für das Unionskartellrecht ist mit der Pflicht zur Information über Urteile zumindest theoretisch eine Chance einer *amicus curiae*-Intervention der Europäischen

¹⁷⁴⁸ Europäische Kommission, Bericht Kom 2013 SWP, Rn. 244ff.

¹⁷⁴⁹ S.o. Seite 371 bei Fn. 1741. Europäisches Parlament, Entschließung EP Mindeststandards, Nr. 17: Das EP „merkt an, dass gegenseitiges Vertrauen unter anderem durch nichtlegislative Maßnahmen gestärkt werden kann, wie etwa die Zusammenarbeit von Richtern im Rahmen des Europäischen Justiziellen Netzes oder die Teilnahme an Schulungen.“

¹⁷⁵⁰ Europäische Kommission, GD Wettbewerb, Directorate H - State aid: General scrutiny and enforcement, Call for Tenders - Tender specifications COMP/2018/001 (Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts) v. 1. Februar 2018, insbes. S. 5, 11.

¹⁷⁵¹ Europäische Kommission, Bericht Kom 2013 SWP, Rn. 252; Rn. 258ff; Bericht Kom 2014 SWP, S. 29; Bericht Kom 2016 SWP, S. 31. Vgl. auch das von der GD Wettbewerb der Europäischen Kommission finanziell unterstützte Angebot für Richter, sich von ERA Academy of Europea Law kostenlos in den Bereichen Art. 101, 102 AEUV, „public and private enforcement“ sowie im Beihilfenrecht online fortbilden zu lassen (era-comm.eu/elearning/comp/index.php) sowie Europäische Kommission, Aufforderung zur Einreichung von Vorschlägen – HT.5115, Schulung einzelstaatlicher Richter im EU-Wettbewerbsrecht v. 6. Februar 2018, die zwar Themen aus dem EU-Kartell- und –Beihilfenrecht erfasst, aber nicht das EU-Fusionskontrollrecht.

¹⁷⁵² S.o. Seite 44 (bei Fn. 204ff).

Kommission in der nächsten Instanz gegeben. Diese Pflicht zur Urteilsübermittlung wird aber nicht von allen Gerichten aller Mitgliedstaaten wahrgenommen.¹⁷⁵³

Zudem ist – soweit dies nationales Recht nicht vorsieht¹⁷⁵⁴ – nichts dafür vorgesehen, dass die Gerichte von relevanten Beschlüssen oder Verfahren der Europäischen Kommission erfahren. Hier stützt sich der Unionsgesetzgeber offenbar auf die Hoffnung, dass eine Partei oder (im Fall der Amtsermittlung) das Gericht durch eigene Recherche auf einschlägige Verfahren und Entscheidungen der Europäischen Kommission stoßen und dies ins Verfahren einbringen. Amtsblattveröffentlichungen von Beschlüssen der Europäischen Kommission finden allerdings nur begrenzt (zeitnah) statt, fallbezogene *amicus curiae*-Entscheidungen finden sich dort in der Regel nicht.¹⁷⁵⁵ Zudem ist das Amtsblatt für die Zwecke eines Zivilrichters, der sich mit EU-Kartell, -Beihilfen oder -Fusionskontrollrecht auseinandersetzen muss, aufgrund seines Umfangs (trotz elektronischer Hilfsmittel) nur schwer (erfolgreich) durchsuchbar.

Letztlich hängt der Erfolg einer gemeinsamen Arbeit von Europäischer Kommission und nationalen Gerichten am Rechtsbereich des Unionswettbewerbsrechts auch davon ab, in welchem Umfang von den in dieser Arbeit beschriebenen Instrumenten Gebrauch gemacht wird.¹⁷⁵⁶ Hier haben sowohl die Europäische Kommission als auch die nationalen Gerichte noch Verbesserungsmöglichkeiten:¹⁷⁵⁷ Die Europäische Kommission wiederholt etwa in ihren Berichten zwar die Bedeutung der gerichts- und selbstinduzierten Stellungnahmen vor den nationalen Gerichten, kann allerdings in den Bereichen Kartellrecht und Beihilfenrecht nur mit wenigen Fällen aufwarten¹⁷⁵⁸ und im

¹⁷⁵³ Bericht Kom 2013 SWP, Rn. 247; Schmidt in Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 15 Rn. 103; Wright, S. 109.

¹⁷⁵⁴ Wright, S. 99, legt dar, dass Parteien eines Rechtsstreits und die "UK competition authorities" durch nationales Recht des Vereinigten Königreichs gehalten sind, im laufenden Verfahren das Gericht auf etwaige bestehende oder beabsichtige (einschlägige) Entscheidungen der Europäischen Kommission hinzuweisen.

¹⁷⁵⁵ Wright, S. 105.

¹⁷⁵⁶ Bartels, S. 195.

¹⁷⁵⁷ Imgrund, S. 73: "enttäuschend".

¹⁷⁵⁸ Die Homepage der Europäische Kommission (Stand 5. Oktober 2017) benennt für den Zeitraum seit 2010 bezogen auf (1) das Unionskartellrecht (a) gerichtsinduzierte Stellungnahmen für 2017/2016/2011/2010 je null, für 2015 drei (Bericht Kom 2015 SWP S. 33: ein Auskunftersuchen und vier Bitten um Stellungnahme), für 2014 vier (Bericht Kom 2014 SWP, S. 29: Antwort auf drei Anträge nationaler Gerichte auf Übermittlung von Dokumenten und vier Anträge auf Stellungnahme), für 2013 und 2012 je eine (b) kommissionsinduzierte Stellungnahmen 2017/2016 je null, 2015 zwei (bestätigt in Bericht Kom 2015 SWP S. 33), 2014 zwei, 2013 eine, 2012/2011/2010 neun und (2) das Beihilfenrecht (a) gerichtsinduzierte Stellungnahmen 2017 null, 2016 eine (Bericht Kom 2016 SWP S. 31: zwei Auskunftersuchen und eine Bitte um Stellungnahme), 2015 null (Bericht Kom 2015 SWP S. 14: zwei Auskunftersuchen und zwei Bitten um Stellungnahmen), 2014 zwei (Bericht Kom 2014 SWP, S. 13: Antwort auf drei Auskunftersuchen und vier Ersuchen um Stellungnahme),

Bereich Fusionskontrolle scheint es kaum relevante Fälle zu geben.¹⁷⁵⁹ Dies mag zum Teil daran liegen, dass die Stellungnahmen nur mit Erlaubnis des betroffenen Gerichts veröffentlicht werden¹⁷⁶⁰ oder die Homepage unzureichend gepflegt ist.¹⁷⁶¹ Dennoch ist indiziert, dass der Austausch zwischen Europäischer Kommission und nationalen Gerichten nur in äußerst geringem Maße stattfindet. Viele Gerichte dürften sich aber gerade einen entsprechenden Austausch wünschen.¹⁷⁶²

Richtig erscheint es daher, dass die Europäische Kommission mit einem Homepage-Angebot, welches eine Übersicht zum Status der bei ihr geführten Verfahren gibt¹⁷⁶³ und die Richter sogar über eine spezielle Seite über spezifische Fragen der Zusammenarbeit

2013 drei, 2012 fünf (b) kommissionsinduzierte Stellungnahmen 2017, 2016 eine (Bericht Kom 2016 SWP S. 31 zehn), 2015 null (Bericht Kom 2015 SWP S. 14f: mind. drei), 2014 drei (Bericht Kom 2014 SWP, S. 29). Auch zuvor war der Austausch gering, vgl. dazu Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 9. Juli 2014 COM(2014) 453 final, Zehn Jahre Kartellrechtsdurchsetzung auf der Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 – Ergebnisse und Ausblick, Rn. 22 und Fn. 5; Zuber, S. 108, 113; Wright, S. 111ff; Imgrund, S. 73, Sura in Langen/Bunte, Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 10; Nothdurft in MüKo GWB, § 90a, Rn. 4. Wright, S. 109: "There are some inconsistencies between that database and the Commission's Annual Reports on Competition Policy." Lovells, 2009 update of the 2006 Study on the enforcement of State aid rules at national level, Final Report, Oktober 2009, S. 3: "Cases where the Commission intervened as *amicus curiae* in national proceedings are still quite rare. This situation is likely to change as a result of the recent Enforcement notice, but as of yet national courts have not made full use of the possibility to ask the Commission for its opinion or for information." Vgl. auch BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760 v. 15. Juni 2017, S. 41: 2015/2016 hat das BKartA 23 *amicus curiae*-Stellungnahmen abgegeben.

¹⁷⁵⁹ Heithecker/Schneider in Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 88. EL, Art. 17 FKVO, Rn. 30: Keine relevanten Fälle der Informationsanforderung durch nationalen Gerichte. Dem Autor ist ein Fall einer (rechtlichen) Stellungnahme bekannt.

¹⁷⁶⁰ Bericht Kom 2016 SWP, S. 15, 31.

¹⁷⁶¹ So schien etwa die selbstinduzierte *amicus curiae*-Stellungnahme der Europäischen Kommission vor dem BGH i.S. KRB 47/13 (vgl. Urt. v. 16. Dezember 2014) zwar lange auf der Homepage erwähnt, aber noch nicht veröffentlicht, da der Fall dort als noch immer anhängig geführt wurde.

¹⁷⁶² Bei ihrer Rede anlässlich der 60-Jahr-Feier des BKartA am 22. Februar 2018 hat die Präsidentin des BGH Limperg, die zugleich Vorsitzende des dortigen Kartellsenats ist, namentlich *amicus curiae*-Stellungnahmen des BKartA in kartellrechtlichen Zivilverfahren ausdrücklich als Bereicherung begrüßt.

¹⁷⁶³ Über eine Suchmaske können Fallinformationen aus dem Bereichen des EU-Kartellrechts (einschließlich Missbrauchsaufsicht), EU-Beihilfenrecht sowie EU-Fusionskontrollrecht abgerufen werden, wenn Aktenzeichen, Partei, der wirtschaftliche Sektor oder andere Daten vorhanden sind. Dabei beschränkt sich das Angebot nicht nur auf erlassene Entscheidungen, sondern werden auch Angaben zu Verfahrenseröffnung und – je nach Verfahren – dem Fortschritt des Verfahrens gemacht.

aufklärt¹⁷⁶⁴ sowie spezielle Kontaktadressen nennt,¹⁷⁶⁵ die Transparenz ihrer Tätigkeit erhöhen will. Allerdings ist die Homepage nicht zwingend auf dem neuesten Stand. Namentlich die Thematik der Schwärzung von Geschäftsgeheimnissen führt dazu, dass Beschlüsse nicht oder nur mit (teils jahrelanger) Verzögerung ins Internet gestellt werden.¹⁷⁶⁶ Auch die Bearbeitungszeit bei der Beantwortung von Anfragen nationaler Gerichte könnte geprüft und möglicherweise verbessert werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Zusammenarbeit von Europäischer Kommission und nationalen Zivilgerichten ein großes, facettenreiches Thema ist. Die Entwicklung von Praxis, Rechtsprechung und Gemeinschafts- und Unionsgesetzgebung zu den in dieser Arbeit betrachteten Themen hat hier über die letzten Jahrzehnte zwar bedeutsame Entwicklungen hervorgebracht. Gleichwohl bleibt es bei dem Befund, dass die Zusammenarbeit noch nicht ideal ist und es eine Reihe von Ansatzpunkten für Verbesserungen gibt.

¹⁷⁶⁴ Vgl. ec.europa.eu/competition/ und http://ec.europa.eu/competition/court/overview_en.html.

¹⁷⁶⁵ Dies ist wichtig, da die Kontaktinformationen in BZKG101/102, Rn. 18, und BZKGBei, Rn. 97, veraltet sind; *Nothdurft* in MüKo EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003 Art. 15, Rn. 22, für die BZKG101/102.

¹⁷⁶⁶ Monopolkommission, HG 21, Rn. 155; *Imgrund*, S. 259.

LITERATUR

Ayhan, The Principle of Legal Certainty in EU Case Law, TODAIE's Review of Public Administration, Volume 4 No 3, September 2010, S. 149; zitiert als "*Ayhan*"

Bach/Wolf, Neue Instrumente im Kartellschadensersatzrecht – Zu den Regeln über Offenlegung, Verjährung und Bindungswirkung, NZKart 2017, 285

Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG

Badtke/Lang, Aktuelle Entwicklungen beim Akteneinsichtsrecht in Wettbewerbsverfahren, WuW 2016, 276

Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB (der jeweils verwendete Stand ist in den Fußnoten angegeben), zitiert als "BeckOK BGB"

Baron, Vollzugsverbot ohne Fusionskontrolle? – Eine missglückte Fortbildung des GWB, WuW 2009, 908

Bartels, Kohärente Rechtsanwendung im europäischen Kartellverfahren, 2006, zitiert als "*Bartels*"

Bartosch, Aktuelle letztinstanzliche Urteile zur beihilferechtlichen Stillhalteverpflichtung – mehr Schatten als Licht, EuZW 2013, 208

Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Auflagen 2016

Bartosch, Die Entscheidungspraxis der Kommission zur Zwischenstaatlichkeit im EU-Beihilfenrecht – Sind die 7 Zwerge auch die 7 Weisen? EWS, Die erste Seite 2017, Nr. 5

Bechtold, Mit dem Recht gegen Kartelle, FAZ, 9. Februar 2018, S. 18

Bechtold/Bosch, GWB = *Bechtold/Bosch*, Kartellgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 8. Auflage 2015

Bechtold/Bosch, Kartellgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 8. Auflage 2015, zitiert als "*Bechtold/Bosch*, GWB"

Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 3. Auflage 2014

Becker, Bindungswirkung kartellbehördlicher Zusagenentscheidungen zu Gunsten von follow-on-Schadensersatzklägern, NZKart 2016, 58

Becker, Die parallele Prüfung beihilferechtlicher Sachverhalte durch Kommission und nationale Gerichte – Entscheidungskompetenzen und -konflikte, EuZW 2012, 725

BeckOK BGB = *Bamberger/Roth*, Beck'scher Online-Kommentar BGB (der jeweils verwendete Stand ist in den Fußnoten angegeben)

Behrens, Wider die De-Legitimierung der Direktwirkung von Binnenmarkt- und Wettbewerbsrecht, EuZW 2017, 81

Bergmann (Hrsg.), Handlexikon der Europäischen Union, 5. Auflage 2015

Berrisch, Beihilferecht: Keine Nichtigkeitsklage gegen Eröffnungsentscheidungen bei vollständig durchgeführter Beihilfe (Urteilsbesprechung), EuZW 2015, 150, 156

Berrisch, Mehr Fragen als Antworten – Keine Klärung der "Bindungswirkung" von beihilferechtlichen Eröffnungsentscheidungen, EuZW 2014, 253

Birnstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg.), Europäischen Beihilfenrecht, 1. Auflage 2013

Blauberger, Of 'Good' and 'Bad' Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law, West European Politics, Vol. 32, No. 4 (Juli 2009), 719

Bleckmann, Art. 5 EWG-Vertrag und die Gemeinschaftstreue, DVBl. 1976, 483

v. Bogdandy, Jenseits der Rechtsgemeinschaft – Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise, EuR 2017, 487

v. Bonin/Olthoff, Zulässigkeit der Bankenmitteilung und der Gläubigerbeteiligung bei der Rettung und Abwicklung von Banken, EuZW 2016, 778

Bornkamm/Montag, Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle), Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2015; zitiert als "MüKo EU-Wettbewerbsrecht"

Bornkamm/Montag, Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle), Band 2, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 2. Auflage 2015; zitiert als "MüKo GWB"

Brauneck, Einsichtsrecht für alle in alle Schriftsätze vor EU-Gerichten?, EuZW 2017, 928

Brauneck, Zu enthaltsam? Das Primat der Wettbewerbspolitik in der Unionsrechtsprechung, EuR 2016, 724

Brauneck, EuGH: Kaum Schutz vor Veröffentlichungen für Kartell-Kronzeugen, EuZW 2017, 595

Brauneck, Europäisches Wettbewerbsnetz 2.0 - Unabhängige nationale Wettbewerbsbehörden mit weitreichenden EU-Befugnissen?, EWS 2017, 199

Brenner, Das Recht auf eine angemessene Verfahrensdauer in Wettbewerbsverfahren vor der Europäischen Kommission und den Europäischen Gerichten, WRP 2010, 357

Brenner, Regulierung mithilfe des Kartellrechts? – Verpflichtungszusagen der Europäischen Kommission, EuR 2014, 671

Brigola, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gefüge der EU-Grundfreiheiten, Steuerungsinstrument oder Risikofaktor?, EuZW 2017, 406

Brinker, Zweifel an der Rechtsgemeinschaft in Europa, NZKart 2017, 609

Brohm, Die "Mitteilungen" der Kommission im Europäischen Verwaltungs- und Wirtschaftsraum, 2012, zitier als "*Brohm*"

Bulla, Erste Hilfe für Beihilfen, GewArch 2015, 247

Bunte, Fünf Fragen an Hermann-Josef Bunte, WuW 2018, 172.

Busche/Röhling (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht (Band 2), 2014, zitiert als "KöKo § 35 - § 131 GWB"

Busche/Röhling (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht (Band 3), 2016, zitiert als "KöKo Art. 101-106 AEUV"

Calliess, Auf der Suche nach dem europäischen Weg: Überlegungen im Lichte des Weißbuchs der Europäischen Kommission zur Zukunft Europas, NVwZ 2018, 1

Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011

Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016

Christensen/Pötters, Methodische Fehler in juristischen Prüfungen, JA 2010, 566

Cini, The soft law approach: Commission rule-making in the EU's state aid regime, Journal of European Public Policy 2001, 8:2, 192

Classen, Europäische Rechtsgemeinschaft à l'allemande, EuR 2016, 529

Concurrences - Revue des Droits de la Concurrence, Jurisprudences européennes et étrangères, Chroniques, Concurrences N° 2-2016 (Autor nur mit dem Kürzel "B.B." benannt)

Dawson, Soft Law and the Rule of Law in the European Union: Revision or Redundancy, EUI Working Paper RSCAS 2009/24

de Bronett, Die zivilrechtliche Grundstruktur des gerichtlichen Schutzes gegen rechtswidrige Kartellgeldbußen der EU-Kommission – eine Blaupause für die Reform der Kartellverfahrensrechte der Mitgliedstaaten?, NZKart 2015, 512

de Bronett, Iudex Calculat: Die Ausübung der richterlichen Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung der Angemessenheit von Geldbußen im EU-Kartellrecht aufgrund der Geldbußen-Leitlinien der Kommission, EWS 2017, 181

Deutscher/Makris, Exploring the Ordoliberal Paradigm: The Competition-Democracy Nexus, The Competition Law Review 2016, Volume 11 Issue 2, S 181

Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 40. Ergänzungslieferung, Juni 2016

Divivier, Die Reichweite der Befugnis mitgliedstaatlicher Gerichte und Wettbewerbsbehörden zur Anwendung des EU-Kartellrechts, 2014, zitiert als "Divivier"

Dorn, Abweichungsverbot vs. Bindungswirkung, EWS 2016, 323

Doucet, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil I Französisch – Deutsch, 5. Auflage 1997

Dreher/Häußler, Die Aufsicht über Versicherungsunternehmen durch die BaFin und die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, ZGR 2011, 471

Durner, Die Unabhängigkeit nationaler Richter im Binnenmarkt – Zu den Loyalitätspflichten nationaler Gerichte gegenüber der EG-Kommission, insbesondere auf dem Gebiet des Kartellrechts, EuR 2004, 547

Emmerich, Kartellrecht, 9. Auflage 2001, zitiert als "Emmerich"

Engelhoven/Windeler/Kremhart, Zum Nachweis eines Kartellschadens („Lottoblock II“), EWiR 2017, 93

Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 205. EL Oktober 2015

Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage 1998

Falkner/Treib/Hartlapp/Leiber, Complying with Europe: EU Harmonisation and Soft Law in the Member States, 2005

Ferran/Alexander, Can Soft Law Bodies be Effective? Soft Systemic risk Oversight Bodies and the Special Case of the European Systemic Risk Board, University of Cambridge, Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 36/2011

Fiedler/Huttenlauch, Der Schutz von Kronzeugen- und Settlementerklärungen vor der Einsichtnahme durch Dritte nach dem Richtlinien-Vorschlag der Kommission, NZKart 2013, 313

Foerster, Vorlagepflicht des AEUV und Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht – Anmerkung zu den Beschlüssen des *BVerfG* vom 25. Juni 2015, 1 BvR 37/15 und 1 BvR 555/15 (Mindestlohngesetz), EuR 2015, 601

Frenz, Brexit vs. OMT-Urteil, BB 2016, 1603

Fronczak, 50 Jahre gerichtliche Durchsetzung des Beihilfenrechts – Vom Durchführungs- zum Prüfungsverbot?, EuR 2014, 576

Funke, Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, DÖV 2007, 733

Gänswein, Gesamtschuldnerausgleich unter Kartellbeteiligten: Bestimmung des Haftungsanteils und Verjährung der Ausgleichsansprüche, NZKart 2016, 50

Galle, Der Anscheinsbeweis in Schadensersatzfolgeklagen – Stand und Perspektiven, NZKart 2016, 214

Galetta, Begriff und Grenzen der Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, EuR-Bei 2012, 37

Geiger, EuGH: Nationale Gerichte durch Kommissionsentscheidungen gebunden, EuZW 2001, 113, Urteilsanmerkung ab 116

Georgieva, The judicial reception of competition soft law in the Netherlands and the UK, European Competition Journal 2016, 12:1, 54

Gersdorf/Paal, Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 10. Edition, Stand: 01.11.2015

Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (der jeweils verwendete Stand ist in den Fußnoten angegeben)

v. Graevenitz, Erweiterte Gemeinschaftsunternehmen in der fusionskontrollrechtlichen Unwirksamkeitsfalle, BB 2010, 1172

v. Graevenitz, Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen – Soft Law der EU mit Lenkungswirkung, EuZW 2013, 169

Graels, Soft Law and the Private Enforcement of the EU Competition Rules, Paper der International Conference on the Private Enforcement of Competition Law, School of Law, University of Valladolid (Spanien), 14. und 15. Oktober 2010 (ssrn.com/abstract=1639851)

A. Grimm, Die Rechtsfigur des Amicus Curiae im Kartellzivilprozess, 2014, zitiert als "*A. Grimm*"

D. Grimm, Europa ja - aber welches? Zur Verfassung der Europäischen Demokratie, 2. Auflagen 2016 (Taschenbuchausgabe), zitiert als "*D. Grimm*"

von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015

Grünwald/Hackl, Das Schicksal von Folge- und Ausführungsverträgen mit Kartellanten in der neuesten BGH-Rechtsprechung – ein Systemwechsel?, NZKart 2017, 508

Gundel, Die Autonomie des EU-Beihilfenrechts gegenüber der EU-Binnenmarktgesetzgebung, EWS 2016, 301

Gundel, Effektive und gleichwertige Durchsetzung des EU-Rechts versus nationale Rechtskraftregeln: Konsolidierung oder Neubestimmung?, EWS 2016, 2

Hailbronner, Die deutschen Bundesländer in der EG, JZ 1990, 149

Harnos, Harmonisierung des Kartellbußgeldrechts qua effet utile?, ZWeR 2016, 284

Hartlieb, "Drum prüfe, wer sich ewig bindet" – Bindungswirkung und Durchsetzung von Verpflichtungsbeschlüssen der Europäischen Kommission, NZKart 2017, 458

Hartlieb, Kartellrecht: Verpflichtung zur Überprüfung von Wettbewerbsregeln für Vereinbarungen, EuZW 2018, 45, 46

Hatje, Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 2001, zitiert als "*Hatje*"

Hatje, Unmittelbare, individuelle Rechte begründende Wirkung des Art. 12; Auslegung des Art. 177; neue Rechtsordnung des Völkerrechts, NJW 2017, 3056

Haucap/Kühling, Das Wettbewerbsprinzip als europäischer Sündenbock, faz.net, 22. Oktober 2016

Haus/Serafimova, Neues Schadensersatzrecht für Kartellverstöße - die EU-Richtlinie über Schadensersatzklagen, BB 2014, 2883

Heidenhain, European State Aid Law, 1. Auflage 2010

Held-Daab, Eigenständige verwaltungsgerichtliche Prüfung des Vorliegens einer anmeldepflichtigen Beihilfe, jurisPR-BVerwG 3/2017, Anm. 2

Hellmann/Steinbrück, Discovery Light – Informations- und Beweismittelbeschaffung im Rahmen von Kartellschadensersatzklagen, NZKart 2017, 166

Höfler, Beihilfenrecht: Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten; EuZW 2017, 741

Hoffer, Vertriebsvereinbarung zum Gemeinschaftsunternehmen – Kartellfreie Nebenabrede oder bezweckte Wettbewerbsbeschränkung?, NZKart 2018, 80

Hoffer, Gemeinschaftsunternehmen in Österreich - Vorlageentscheidung des KOG zur "Teilfunktion", NZKart 2016, 363

Hoffmann, Die Umsetzung des *EuGH*-Urteils "Test Achats" in Deutschland, VersR 2012, 1073

Hofmann, Negotiated and non-negotiated administrative rule-making: the example of EC Competition Policy, Common Market Law Review 43 (2006), 153

Hwang, Der Europäische Verwaltungsverbund im Spannungsfeld zwischen nationaler Identität und europäischer Integration, DÖV 2014, 681

Hwang, Anwendungsvorrang statt Geltungsvorrang? Normlogische und institutionelle Überlegungen zum Vorrang des Unionsrechts, EuR 2016, 355

Iliopoulos-Strangas/Flauss (Hrsg.), Das soft law der europäischen Organisationen, The Soft Law of the European Organisations, La soft law des organisations européennes, 2012, zitiert als "Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010"

Imgrund, Die Bindung der deutschen Zivilgerichte an Beschlüsse von Kommission und Behörden der Europäischen Union im Kartellrecht, 2011, zitiert als "*Imgrund*"

Immenga/Körber (Hrsg.), Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 2012

Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht (Band 2), 4. Auflage 2007

Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 1. Auflage 1997-2001

Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht (Band 1), 5. Auflage 2012

Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Band 2) GWB (Teil 1), 5. Auflage 2014

Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Band 3) BeihilfenR/Sonderbereiche, 5. Auflage 2016

Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 1. Auflage 2015

Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 88. Ergänzungslieferung, April 2017, 89. Ergänzungslieferung, August 2017

Janssen/Dietze, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, 5. Auflage 2015

Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 3. Auflage 2016

Jarass/Beljin, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, 1

Kallmayer, Die Bindungswirkung von Kommissionsmitteilungen im EU-Wettbewerbsrecht – Mehr Rechtssicherheit durch soft law?, veröffentlicht in *Callies* (Hrsg.), Herausforderung an Staat und Verfassung, Völkerrecht – Europarecht – Menschenrechte, Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag, 2015, zitiert als "*Kallmayer*".

Kamann, Kommission vs. nationale Gerichte im europäischen Beihilfenrecht – Private Rechtsdurchsetzung während des förmlichen Prüfverfahrens, ZWeR 2014, 60

Kamann/Horstkotte, Kommission versus nationale Gerichte – Kooperation oder Konfrontation im Kartellverfahren, WuW 2001, 458

Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017

Karpenstein/Dorn, Zwischen Bindungswirkung und Abweichungsverbot – *BGH* und *BVerwG* auf neuen Wegen im Beihilfenrecht, *EuZW* 2017, 337

Kau, Rechtsharmonisierung, 2016, zitiert als "*Kau*"

Kersting, Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, *WuW* 2014, 564

Kersting, Gesamtschuldnerausgleich bei Kartellgeldbußen, *NZKart* 2016, 147

Kersting/Preuß, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, *WuW* 2016, 394, 395

Kirchhof, Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten, *EuR* 2014, 267

Kirchhoff, Der Beitrag des BGH zum private enforcement im Kartellrecht, *WuW* 2017, 487

Kischel, Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, *EuR* 2000, 380

Klamert, Unschärfen der Kompetenzverteilung im Wettbewerbsrecht und das Loyalitätsgebot als ausgleichendes Kooperationsprinzip, *EuZW* 2017, 131

Klamert, The Principle of Loyalty in EU Law, 2014, zitiert als "*Klamert*"

Klamt, Die Europäische Union als Streitbare Demokratie, 2012, zitiert als "*Klamt*"

Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht einschließlich Fusionskontrollverfahren, 2005, zitiert als "*Klees*"

Klimas/Vaiciukaite, The Law of Recitals in the European Community Legislation, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 15:1, 2008, zitiert als "*Klimas/Vaiciukaite*"

Klotz, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?, *WuW* 2017, 226

Klumpe/Thiede, Keeping the Floodgates Shut – Kartellschadensersatz nach der 9. GWB-Novelle, *NZKart* 2017, 332

Knauff, Legitimität und Legitimation des europäischen Soft Law – Grundfragen und Lösungsansätze, Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010, S. 373

Knauff, Europäisches Soft Law als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens, EuR 2011, 735

Knauff, Soft Law vor Gericht, jM 2018, 71

Könen, Die Passivlegitimation des Kartellschadensersatzes nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2017, 15

Koenig/Meyer, EU-Beihilfenkontrolle und nationales Strafrecht, NJW 2014, 3547

KöKo § 35 - § 131 GWB = *Busche/Röhling (Hrsg.)*, Kölner Kommentar zum Kartellrecht (Band 2), 2014

KöKo Art. 101-106 AEUV = *Busche/Röhling (Hrsg.)*, Kölner Kommentar zum Kartellrecht (Band 3), 2016

KöKo Kartellrecht = *Zöller/Noak (Hrsg.)*, Kölner Kommentar zum Kartellrecht (Band 4), 2013

Kopczynski, Rechtskraftdurchbrechung zur Durchsetzung des Beihilfeverbots, EWIR 2016, 223

Koutakis/Buzogany, When Soft law hits Hard. On the effectiveness of new regulatory approaches in Pollution Prevention and Control in the EU; Paper von der EUI Alumni Conference, Florence, European University Institute, 20-21 Juni 2008, EU environmental policy and governance: the challenge of climate change and beyond

Kreße, Die Verpflichtungszusage als Instrument der europäischen Wettbewerbsaufsicht, WRP 2014, 1261

Kreße, Der Zugang Kartellgeschädigter zu Verfahrensdokumenten der Europäischen Kommission als Wettbewerbsbehörde, WRP 2016, 567

Kreße, Entscheidungsspielräume nationaler Zivilgerichte nach Eröffnung des beihilferechtlichen Prüfverfahrens, WRP 2017, 663

Kruis, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, 2011, zitiert als "*Kruis*"

Kühling, Weckruf aus Luxemburg: Rechtskraftdurchbrechung dank Sprengkraft des EU-Beihilfenrechts!, EWS 2015, Die erste Seite

Kühling/Schwendinger, Rechtskraftdurchbrechung durch EU-(Beihilfen-)Recht – Die Tragweite der *EuGH*-Vorlage des LG Münster, EWS 2015, 1

Kühling/Drechsler, Alles "acte claire"? – Die Vorlage an den *EuGH* als Chance, NJW 2017, 2950

Kühne, Amicus Curiae, 2015

Laitenberger, ECN upgraded – zusammen für mehr Wettbewerb in Europa, EuZW 2016, 81

Laitenberger, EU-Wettbewerbsregeln, Binnenmarkt und 60 Jahre Römische Verträge – Herausforderungen in einer Welt im Wandel, NZKart 2017, 89

Laitenberger/Liefländer, Beihilfeaufsicht: die Versöhnung von unabhängiger Rechtsdurchsetzung mit direkter Wirkung und demokratiegesteuerter Ermessensausübung, EuZW 2017, 281

Laitenberger, The many dividends of keeping markets open, fair and contestable, Rede beim International Competition Law Forum am 27. April 2017, Umdruck der Europäischen Kommission

Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, zitiert als "*Langen/Bunte*, Kartellrecht"

Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Auflage 2001, zitiert als "*Langen/Bunte*, Kartellrecht 2001"

Laukemann, Die Relativierung der res judicata im Europäischen Beihilfenrecht, GPR 2016, 172

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 3. Auflage 2016

Ludwigs, Demokratieferne Gestaltung der europäischen Beihilfeaufsicht, EuZW 2017, 41

Ludwigs/Sikora, Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des *BVerfG*, EWS 2016, 121

Mäger, Entkoppelt der Brexit Private und Public Enforcement im Kartellschadensersatzrecht?, NZKart 2018, 3

Mayer, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, NJW 2017, 3631

Mallmann/Lübbing, Offenlegung von Beweismitteln gemäß dem Kabinettsentwurf für das 9. GWB-Änderungsgesetz, NZKart 2016, 518

Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 78. EL, September 2016

Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 81. EL September 2017

Martin-Ehlers, Die Bindungswirkung einer Eröffnungsentscheidung im Beihilfenrecht, EuZW 2014, 247

Martin-Ehlers, Reaktion Luxemburgs auf die fehlende Bereitschaft deutscher Gerichte zur Durchsetzung des Beihilferechts, EuZW 2014, 721

Martin-Ehlers, Beihilfenrecht: Bindungswirkung eines Eröffnungsbeschlusses der Kommission – Verhältnismäßigkeit der Rückforderung, EuZW 2017, 312, 316

Mehrbrey/Jaeger, Lottoblock II: Kartellbehördliche Abstellungsverfügung lässt Vermutung einer Marktbeeinflussung durch Verhaltenskoordination nicht entfallen, WuW 2016, 488

Meyer, Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen im Kartellverwaltungsrechtsweg - der neue § 33 GWB, GRUR 2006, 27

Montag/Säcker (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3 Beihilfen- und Vergaberecht, 1. Auflage 2011; zitiert als "MüKo Beihilfenrecht"

MüKo Beihilfenrecht = *Montag/Säcker (Hrsg.)*, Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3 Beihilfen- und Vergaberecht, 1. Auflage 2011

MüKo BGB = *Säcker/Rixeder/Oetker/Limperf*, Münchener Kommentar zum BGB (der jeweils verwendete Stand ist in den Fußnoten angegeben)

MüKo EU-Wettbewerbsrecht = *Bornkamm/Montag*, Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle), Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2015

MüKo GWB = *Bornkamm/Montag*, Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle), Band 2, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 2. Auflage 2015

Müller-Graff, Das "Soft Law" der europäischen Organisationen, EuR 2012, 18, ein Artikel mit weitgehend gleichem Inhalt ist im Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010 (s.u.) abgedruckt

Nehl, Kontrolle kartellrechtlicher Sanktionsentscheidungen der Kommission durch die Unionsgerichte, in *Immenga/Körber (Hrsg.)*, Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, 2012, S. 117

Nehl, Baustelle VerfahrensVO (Beihilfereform II) – Verfahrensrechtliche Reform durch "soft-law"?, in *Jaeger (Hrsg.)*, Beihilferecht, Jahrbuch 2009, 163

Niedobitek, Europarecht – Grundlagen der Union, 2014

Nysten, EuGH: Die Anfechtung eines Beschlusses zur Genehmigung einer Beihilfe durch Privatpersonen hat über die nationalen Gerichte zu erfolgen, IR 2017, 275

Oesterreich, Der Kartellschaden im Zivilprozess vor und nach der 9. GWB-Novelle – Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast, BB 2017, 1865

v. Oppen/Schmeichel, Bindung an Entscheidung der Kommission – Beihilfen, NVwZ 2017, 974

Oppermann/Classen, Europarecht, 7. Auflage 2016

Pernice, La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie, ZaöRV 2010, 51

Petzold, Beihilfenrecht: Verlängerung einer bestehenden Beihilfe als neue Beihilfe, EuZW 2016, 947, 954

Philipp, Prozessrecht: Richtlinie zu gemeinsamen Mindeststandards des Zivilprozessrecht in der EU gefordert, EuZW 2017, 588

Podszun/Rohner, Nach dem Brexit: Die Stärkung staatlicher Gerichte für wirtschaftliche Streitigkeiten, BB 2018, 450

Podszun/Jungbluth, Fünf Fragen an Armin Jungbluth, WuW 2017, 300

Podszun/Kreifels/Schmieder, Streitpunkte der 9. GWB-Novelle, WuW 2017, 114

Poelzig/Baumeister, Kartellrechtsdurchsetzung, ne bis in idem und Verhältnismäßigkeit (Teil 1) – Die kartellrechtlichen Sanktionen und ne bis in idem, NZKart 2017, 491

Poelzig/Baumeister, Kartellrechtsdurchsetzung, ne bis in idem und Verhältnismäßigkeit (Teil 2) – Die Anrechnung kartellrechtlicher Sanktionen, NZKart 2017, 568

Potonnier, Wörterbuch für Wirtschaft, Recht und Handel, Band 2, Französisch – Deutsch, 2. Auflage 1990

Preuß, Offenlegung von Beweismitteln nach der 9. GWB-Novelle: Sonderregeln mit Modellcharakter?, WuW 2017, 301

Quigley, European State Aid Law and Policy, 3rd ed. 2015, zitiert als "*Quigley*"

Raue, Richter und Kläger? Die Doppelrolle der Europäischen Kommission bei der Durchsetzung europäischen Wettbewerbsrechts, WRP 2013, 147

Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union, 3. Auflage 2014

Rennert, Beihilferechtliche Konkurrentenklagen vor deutschen Verwaltungsgerichten, EuZW 2011, 576

Rennert, Die Bindung des nationalen Richters an Eröffnungsentscheidungen des Kommission – Das Urteil des *EuGH* im Fall Flughafen Frankfurt-Hahn, DVBl. 2014, 669

Rennert, Bedeutung von Kommissionsentscheidungen im Beihilfeprüfverfahren für nationale Gerichte, EuZW 2017, 567

Reußow, Die Kompetenzen nationaler Gerichte im Anwendungsbereich des EG-Beihilfenrechts, 2005; zitiert als "*Reußow*"

van Rijsbergen, On the Enforceability of EU Agencies' Soft Law at the National Level: The Case of the European Securities and Markets Authority, UtrechtLawReview, Volume 10, Issue 5 (December) 2014, 116

Robertson, Mitgliedstaatlichen Loyalitätspflicht im europäischen Wettbewerbsrecht zwischen Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 106 Abs. 1 AEUV und Verordnung 1/2003 – ein spannungsgeladenes Verhältnis?, ZöR 2015, 351

Rosenfeld/Brand, Die neuen Offenlegungsregeln für Kartellschadensersatzansprüche nach der 9. GWB-Novelle, WuW 2017, 247

Rother/Rieger, Bindungswirkung und Begründungsmängel von Entscheidungen der Europäischen Kommission – Das Urteil des *EuG* zu Luftfrachtkartell, NZKart 2016, 116

Ruffert, Europarecht: Rechtswirkungen der Eröffnungsentscheidung im Beihilfenverfahren, JuS 2017, 1130

Rummel/Weck, Verantwortlichkeit und Haftung im Wettbewerbsrecht, ZWeR 2017, 166

Rung, Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten in der neueren beihilferechtlichen Entscheidungspraxis der Kommission, NVwZ 2017, 1174

Rust, Kartellverstoß und Gesamtschuld – Bestandsaufnahme und Ausblick, NZKart 2015, 502

Säcker/Rixeder/Oetker/Limperf, Münchener Kommentar zum BGB (der jeweils verwendete Stand ist in den Fußnoten angegeben), zitiert als "MüKo BGB"

Saenger, Zivilprozessordnung, 6. Auflage 2015, zitiert als *Saenger*, ZPO

Saenger, ZPO = *Saenger*, Zivilprozessordnung, 6. Auflage 2015

Sauer, Der novellierte Kontrollzugriff des Bundesverfassungsgerichts auf das Unionsrecht, EuR 2017, 186

Saurugger/Terpan, Resisting EU Norms – A Framework for Analysis, Sience Po Grenoble, working paper n. 2, halshs-00911340

Schaper/Stauber, Ausgewählte Themen des neuen Kartellschadensersatzrechts – Schadensersatz, Abwälzung, Gesamtschuld und Innenausgleich, NZKart 2017, 279.

Scheffler, Die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen im Schadensersatzprozess in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, NZKart 2015, 223

Schelkle, EU Fiscal Governance: Hard Law in the Shadow of Soft Law, Columbia Journal of European Law 2006-2007, HeinOnline, 13 Colum. J. Eur. L 2006-2007, 705

Schliesky, Von der organischen Verwaltung Lorenz von Steins zur Netzwerkverwaltung im Europäischen Verwaltungsverbund, DÖV 2009, 641

Seifert, Informationsbeschaffung für Kartellschadensersatzverfahren – Kommen Geschädigte (noch) an die Akte des Bundeskartellamtes?, NZKart 2017, 512

K. Schmidt, Umdenken im Kartellverfahrensrecht! Gedanken zur europäischen VO Nr. 1/2003, BB 2003, 1237

Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung (der jeweils verwendete Stand ist in den Fußnoten angegeben), zitiert als "*Schoch/Schneider/Bier*, VwGO"

Schübel-Pfister, Sprache und Gemeinschaftsrecht, Die Auslegung der mehrsprachig verbindlichen Rechtstexte durch den Europäischen Gerichtshof, 2004, zitiert als "*Schübel-Pfister*"

Schulte/Just, Kartellrecht, 2. Auflage 2016

Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 3. Auflage, 2015

Senden, Soft Law in European Community Law, 2004

Senden, Soft Law, Self Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?, Electronic Journal of Comparative Law, vol 9.1 (January 2005), 1

Senden, Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control, European Law Journal, Vol. 19, No. 1, 1 January 2013, 55

Senden/van den Brink, Checks and Balances of Soft Law Rule-Making, Study 2012, erstellt für European Parliament, Directorate-General for Internal Affairs, Policy Department, Citizens' Rights and Constitutional Affairs

Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, 9. Auflage 1997, zitiert als "*Seidl-Hohenveldern*"

Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 3. Auflage 2010

Soltész, Das neue europäische Beihilfenrecht, NJW 2014, 3128

Soltész, Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts 2015, EuZW 2016, 87

Soltész, Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts 2016, EuZW 2017, 51

Soltész, Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts im Jahre 2017, EuZW 2018, 60

Soltész, Europäisches „Soft Law“ – Ein Wesen ohne Kuschelfaktor, EuZW 2013, 881

Soltész, Ryanair und Tierkörperbeseitigung, EuZW 2012, 60

Soltész/Pflock, Die "Wiederentdeckung", der beihilfenrechtlichen Zwischenstaatlichkeitsklausel – vom Schattendasein ins Scheinwerferlicht, EuZW 2017, 207

Sonder, Die Bindung nationaler Gerichte an förmliche Beihilfeprüfverfahren der EU-Kommission nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-284/12, ZeuS 2014, 361

Stefan, European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles?, European Law Journal, Vol. 14, No. 6 (November 2008), 753

Stefan, European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide between Legally Binding Force and Legal Effects, The Modern Law Review, 2012, 879

Stefan, Hybridity before the court: a hard look at soft law in the EU competition and state aid case law, E.L. Rev. 2012, 37(1), 49

Stefan, Soft Law in Court, 2013, zitiert als "*Stefan*"

Stefan, Relying on EU Soft Law Before National Competition Authorities: Hope for the Best, Expect the Worst, CPO Antitrust Chronicle, July 2013, 1

Stelkens, Probleme des Europäischen Verwaltungsvertrags nach dem Vertrag zur Gründung einer Europäischen Gemeinschaft und dem Vertrag über eine Verfassung für Europa, EuZW 2005, 299

Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage 2014

Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage 2018

Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012

Streinz, Rechtskraftdurchbrechung bei (mutmaßlichem) Verstoß eines Vertrags gegen EU-Beihilferecht, NVwZ 2016, 600

Tagungsband 7. SIPE-Kongress 2010 = *Iliopoulos-Strangas/Flauss (Hrsg.)*, Das soft law der europäischen Organisationen, The Soft Law of the European Organisations, La soft law des organisations européennes, 2012

Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011

Terpan, Soft Law in the European Union – The Changing Nature of EU Law, European Law Journal, Vol. 21, No. 1 (January 2015), 68; der Artikel ist eine Weiterentwicklung der gleichnamigen Beitrags der elektronischen Fassung in European Law Journal, 2014, halhs-00911460

Thomas, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, 423

Thomas, Antitrust Enforcement and Political Influence, NZKart 2017, 489

Thomas/Legner, Die wirtschaftliche Einheit im Kartellzivilrecht, NZKart 2016, 155

Trubek/Cottrell/Nance, "Soft Law", "Hard Law", and European Integration: Toward a Theory of Hybridity, University of Wisconsin, Legal Studies Research Papers Series, Paper No. 1002, November 2005

Trubek/Trubek, Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination, European Law Journal, Vol. 11, May 2005, 343

Unruh, Die Unionstreue, Anmerkungen zu einem Rechtsgrundsatz der Europäischen Union, EuR 2002, 41

Veelken, Drittschutz in der Fusionskontrolle, WRP 2003, 207

Vestager (Kommissarin für Wettbewerb), One year on: Reflections on the foundations of EU competition policy, Rede vor der International Chamber of Commerce in Kopenhagen vom 5. November 2015, veröffentlicht auf ec.europa.eu/commission

Vestager (Kommissarin für Wettbewerb), Competition and the rule of law, Rede anlässlich des zwanzigjährigen Bestehens des rumänischen Wettbewerbsrats vom 18. Mai 2017, veröffentlicht auf ec.europa.eu/commission

Vestager (Kommissarin für Wettbewerb), Empowering national competition authorities, NZKart 2017, 205

Vorwerk/Wolf, Beck'scher Online-Kommentar ZPO (der jeweils verwendete Stand ist in den Fußnoten angegeben)

Vincze, Abstecher oder Kehrtwende? Die aktuelle unionsrechtliche Beurteilung der Rechtskraft – zugleich eine Anmerkung zum Urteil des *EuGH* vom 6. Oktober 2015, Rs. *EUGH*, C-69/14 (Târșia/Rumänien), EuR 2016, 544

Wachs, Faktische Übernahme des wirtschaftlichen Unternehmensbegriffs für die Passivlegitimation bei Follow-on-Klagen?, WuW 2017, 2

Walzel, Bindungswirkung ungeregelter Vollzugsinstrumente der EU-Kommission, 2008

Walzel, Bundeskartellamt veröffentlicht Hinweise zum Preisbindungsverbot, ZVertriebsR 2017, 71

Weiler, Revisiting *Van Gend en Loos*: Subjectifying and Objectifying the Individual, in *EuGH*, 50ème Anniversaire de L'Arret Van Gend den Loos, 2013

H. Weiß, Anmerkungen zur *EuGH*, Urt. v. 11. November 2015 – C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 - Klausner Holz, EuZW 2016, 57, 60

W. Weiß, After Lisbon, can the European Commission Continue to Rely on 'Soft Legislation' in its Enforcement Practice, Journal of European Competition Law & Practice, JECLAP 2011, 441.

W. Weiß, Beihilferecht: Keine Nichtigkeitsklage gegen Eröffnungsbeschlüsse im Fall von vollständig durchgeführten Beihilfen, EuZW 2015, 524, 527

W. Weiß, Das Leitlinien(un)wesen der Kommission verletzt den Vertrag von Lissabon, EWS 2010, 257

W. Weiß, Dezentrale Agenturen in der EU-Rechtsdurchsetzung, EuR 2016, 631

W. Weiß, Grundrechtsschutz durch den *EuGH*: Tendenzen seit Lissabon, EuZW 2013, 287

W. Weiß, Rechtsschutz und Rechtswirkung von Eröffnungsbeschlüssen der Kommission im EU-Beihilfenrecht, ZWeR 2015, 364

W. Weiß, Rechtsschutz von Unternehmen im EU-Beihilfenrecht, ZHR 180 (2016), S. 80

W. Weiß, Verwaltungsverbund, 2010

Weitbrecht, Kommissionsentscheidungen gegen Hardcore-Kartelle: Wie viel darf veröffentlicht werden?, EuZW 2016, 281

Weitbrecht, Eine neue Ära im Kartellschadensersatzrecht – Die 9. GWB-Novelle, NJW 2017, 1574

Weitbrecht, Bindungswirkung nationaler Entscheidungen, WuW 2017, 244

Weller, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der "klassischen" IPR-Dogmatik?, IPRax 2011, 429

Wiedemann, Kartellrecht, 1. Auflage 1999

Wiedemann, Kartellrecht, 2. Auflage 2008

Witt, The More Economic Approach to EU Antitrust Law, 2016

Wittig, Die neue AGVO und Infrastrukturfinanzierung am Beispiel von Sportstadien, EuZW 2015, 53

Wright, Interactions between courts and administrative authorities in EU competition law enforcement, 2012, zitiert als "*Wright*"

Zedler, Mehrsprachigkeit und Methode, 2015

Zöller, Zivilprozessordnung, 31. Auflage 2016

Zöller, ZPO = *Zöller*, Zivilprozessordnung, 31. Auflage 2016

Zöller/Noak (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht (Band 4), 2013, zitiert als "KöKo Kartellrecht"

Zuber, Die EG-Kommission als amicus curiae, 2001, zitiert als "*Zuber*"

Zuck, Amicus curiae – der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim *BVerfG*, NVwZ 2016, 1130

ANHANG

Vergleich verschiedener Sprachfassungen der VO 1/2003 und VO 2015/1589 zu den Begriffen der Kohärenz, Einheitlichkeit und Konsistenz

VO 1/2003 Erwägungsgrund (1)	Zur Schaffung eines Systems, das gewährleistet, dass der Wettbewerb im Gemeinsamen Markt nicht verfälscht wird, muss für eine wirksame und <u>einheitliche</u> Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags in der Gemeinschaft gesorgt werden.	Pour établir un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun, il y a lieu de pourvoir à l'application efficace et <u>uniforme</u> des articles 81 et 82 du traité dans la Communauté.	In order to establish a system which ensures that competition in the common market is not distorted, Articles 81 and 82 of the Treaty must be applied effectively and <u>uniformly</u> in the Community.
VO 2015/1589 Erwägungsgrund (2)	Im Rahmen eines modernisierten Systems der Vorschriften für staatliche Beihilfen, mit der sowohl ein Beitrag zur Umsetzung der Wachstumsstrategie „Europa 2020“ als auch zur Haushaltskonsolidierung geleistet werden soll, sollte für eine wirksame und <u>einheitliche</u> Anwendung des Artikels 107 AEUV in der Union gesorgt werden.	Dans le contexte d'un système modernisé des règles en matière d'aides d'État visant à contribuer à la fois à la mise en œuvre de la stratégie Europe 2020 pour la croissance et à l'assainissement des finances publiques, il y a lieu de pourvoir à l'application effective et <u>uniforme</u> de l'article 107 du TFUE dans l'ensemble de l'Union.	In the context of a modernised system of State aid rules, to contribute both to the implementation of the Europe 2020 strategy for growth and to budgetary consolidation, Article 107 of the TFEU should be applied effectively and <u>uniformly</u> throughout the Union.
VO 1/2003 Erwägungsgrund (14)	In Ausnahmefällen, wenn es das öffentliche Interesse der Gemeinschaft gebietet, kann es auch zweckmäßig sein, dass die Kommission eine Entscheidung deklaratorischer Art erlässt, mit der die Nichtanwendung des in Artikel 81 oder Artikel 82 des Vertrags verankerten Verbots festgestellt wird, um die Rechtslage zu klären und eine <u>einheitliche</u> Rechtsanwendung in der Gemeinschaft sicherzustellen; dies gilt insbesondere in Bezug auf neue Formen von Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, deren Beurteilung durch die bisherige Rechtsprechung und Verwaltungspraxis noch nicht geklärt ist.	Il peut également être utile, dans des cas exceptionnels et lorsque l'intérêt public communautaire le requiert, que la Commission adopte une décision de nature déclaratoire constatant l'inapplication de l'interdiction énoncée par l'article 81 ou 82 du traité, et ce, afin de clarifier le droit et d'en assurer une application <u>cohérente</u> dans la Communauté, en particulier pour ce qui est des nouveaux types d'accords ou de pratiques au sujet desquels la jurisprudence et la pratique administrative existantes ne se sont pas prononcées.	In exceptional cases where the public interest of the Community so requires, it may also be expedient for the Commission to adopt a decision of a declaratory nature finding that the prohibition in Article 81 or Article 82 of the Treaty does not apply, with a view to clarifying the law and ensuring its <u>consistent</u> application throughout the Community, in particular with regard to new types of agreements or practices that have not been settled in the existing case-law and administrative practice.
VO 1/2003 Erwägungsgrund (17)	Um eine <u>einheitliche</u> Anwendung der Wettbewerbsregeln und gleichzeitig ein optimales Funktionieren des Netzwerks zu gewährleisten, muss die Regel beibehalten werden, dass die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten automatisch ihre Zuständigkeit verlieren, sobald die Kommission ein Verfahren einleitet.	Tant pour garantir l'application <u>cohérente</u> des règles de concurrence que pour assurer une gestion optimale du réseau, il est indispensable de maintenir la règle selon laquelle les autorités de concurrence des États membres sont automatiquement dessaisies lorsque la Commission intente une procédure.	If the competition rules are to be applied <u>consistently</u> and, at the same time, the network is to be managed in the best possible way, it is essential to retain the rule that the competition authorities of the Member States are automatically relieved of their competence if the Commission initiates its own proceedings.

VO 2015/1589 Erwägungsgrund (34)	Mit Blick auf eine <u>kohärente</u> Behandlung ähnlicher Sachverhalte im gesamten Binnenmarkt sollte eine Rechtsgrundlage für die Einleitung von Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige oder Beihilfeinstrumente in mehreren Mitgliedstaaten vorgesehen werden.	Afin de garantir que la Commission traite les problèmes similaires de façon <u>uniforme</u> dans l'ensemble du marché intérieur, il convient de prévoir une base juridique spécifique lui permettant de lancer des enquêtes dans certains secteurs économiques ou au sujet de certains instruments d'aide dans plusieurs États membres.	In order to ensure that the Commission addresses similar issues in a <u>consistent</u> manner across the internal market, it is appropriate to provide for a specific legal basis to launch investigations into sectors of the economy or into certain aid instruments across several Member States.
VO 1/2003 Erwägungsgrund (19)	Der Beratende Ausschuss sollte darüber hinaus als Diskussionsforum für die von den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten gerade bearbeiteten Fälle dienen können, um auf diese Weise dazu beizutragen, dass die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft <u>einheitlich</u> angewandt werden.	En outre, le comité consultatif doit pouvoir servir d'enceinte pour examiner les affaires qui sont traitées par les autorités de concurrence des États membres, contribuant ainsi au maintien d'une application <u>cohérente</u> des règles communautaires de concurrence.	The Advisory Committee should also be able to act as a forum for discussing cases that are being handled by the competition authorities of the Member States, so as to help safeguard the <u>consistent</u> application of the Community competition rules.
VO 1/2003 Erwägungsgrund (21)	Die <u>einheitliche</u> Anwendung der Wettbewerbsregeln erfordert außerdem, Formen der Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten und der Kommission vorzusehen.	L'application <u>cohérente</u> des règles de concurrence requiert également la mise en place de mécanismes de coopération entre les juridictions des États membres et la Commission.	<u>Consistency</u> in the application of the competition rules also requires that arrangements be established for cooperation between the courts of the Member States and the Commission.
VO 1/2003 Erwägungsgrund (22)	In einem System paralleler Zuständigkeiten müssen im Interesse der Rechtssicherheit und der <u>einheitlichen</u> Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft einander widersprechende Entscheidungen vermieden werden.	Afin de garantir le respect des principes de la sécurité juridique et l'application <u>uniforme</u> des règles de concurrence communautaires dans un système de compétences parallèles, il faut éviter les conflits de décisions.	In order to ensure compliance with the principles of legal certainty and the <u>uniform</u> application of the Community competition rules in a system of parallel powers, conflicting decisions must be avoided.
VO 2015/1589 Erwägungsgrund (37)	Eine <u>kohärente</u> Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen erfordert Festlegungen bezüglich der Zusammenarbeit zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten und der Kommission.	Pour une application <u>cohérente</u> des règles en matière d'aides d'État, il convient de mettre en place des mécanismes de coopération entre les juridictions des États membres et la Commission.	<u>Consistency</u> in the application of the State aid rules requires that arrangements be established for cooperation between the courts of the Member States and the Commission.
VO 2015/1589 Erwägungsgrund (38)	Die Kommission sollte sich nur dann aus eigener Initiative äußern, wenn dies für die <u>kohärente</u> Anwendung des Artikels 107 Absatz 1 oder des Artikels 108 AEUV erforderlich ist, insbesondere in Fällen, die für die Vollstreckung oder Weiterentwicklung der Rechtsprechung der Union zum Beihilferecht von Bedeutung sind.	Les observations que la Commission soumet de sa propre initiative devraient se limiter aux cas qui revêtent une importance pour l'application <u>cohérente</u> de l'article 107, paragraphe 1, ou de l'article 108 du TFUE, notamment les cas importants pour l'application ou l'évolution de la jurisprudence de l'Union en matière d'aides d'État.	Observations submitted by the Commission on its own initiative should be limited to cases that are important for the <u>coherent</u> application of Article 107(1) or Article 108 TFEU, in particular to cases which are significant for the enforcement or the further development of Union State aid case law.

VO 1/2003 Art. 15 Abs. 3 S. 3	Sofern es die <u>kohärente</u> Anwendung der Artikel 81 oder 82 des Vertrags erfordert, kann die Kommission aus eigener Initiative den Gerichten der Mitgliedstaaten schriftliche Stellungnahmen übermitteln.	Lorsque l'application <u>cohérente</u> de l'article 81 ou 82 du traité l'exige, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales.	Where the <u>coherent</u> application of Article 81 or Article 82 of the Treaty so requires, the Commission, acting on its own initiative, may submit written observations to courts of the Member States. With the permission of the court in question, it may also make oral observations.
VO 2015/1589 Art. 29 Abs. 2	Sofern es die <u>kohärente</u> Anwendung des Artikels 107 Absatz 1 und des Artikels 108 AEUV erfordert, kann die Kommission aus eigener Initiative den Gerichten der Mitgliedstaaten, die für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen zuständig sind, schriftliche Stellungnahmen übermitteln.	Lorsque l'application <u>cohérente</u> de l'article 107, paragraphe 1, ou de l'article 108 du TFUE l'exige, la Commission, agissant de sa propre initiative, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres responsables de l'application des règles en matière d'aides d'État.	Where the <u>coherent</u> application of Article 107(1) or Article 108 TFEU so requires, the Commission, acting on its own initiative, may submit written observations to the courts of the Member States that are responsible for applying the State aid rules.
VO 1/2003 Art. 16 (Überschrift)	<u>Einheitliche</u> Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts	Application <u>uniforme</u> du droit communautaire de la concurrence	<u>Uniform</u> application of Community competition law